جامعة القاهرة
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية

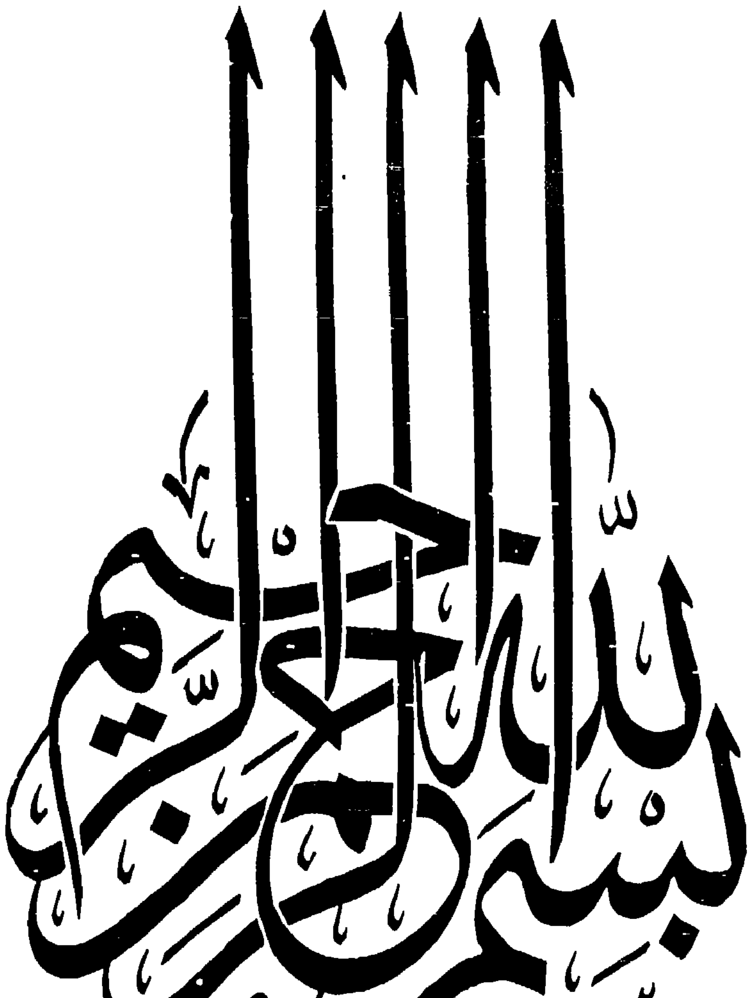
الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي

بحث مقدم من
نايف محمد العجمي
المعيد بقسم الفقه وأصوله ـ جامعة الكويت

للحصول على درجة الماجستير

إشراف
الأستاذ الدكتور/ محمد بلتاجي حسن
رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم
وعميد الكلية الأسبق

١٤٢٢ هـ/ ٢٠٠١م


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقديــر

أرى لزامًـا علـي أن أتقـدم بالشـكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور/ محمد بلتاجى حسن لقبوله الإشراف على هذا البحث رغم كثرة شواغله ، ولتوجيهاته وإرشاداته التى فتحت أمامي آفاقًا واسعة في طريق العلم .

إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستهديه ، ونعوذ با لله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده ا لله فلا مضل له ، ومن يضلله فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا ا لله ، وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله ، صلى ا لله عليه وسلم تسليماً كثيراً ، أما بعد :

فقد احتل الفقه الإسلامي مكانة رفيعة ، وتبوأ منزلة عظيمة ، لما يحظى به من سمات وخصائص ، فهو فقه قائم على أصول وقواعد ، ومرتكز على غايات ومقاصد ، قادر على مسايرة التطورات واستيعاب المستجدات ، كفيل بتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، مما كان له عظيم الأثر في تنظيم حياة المسلمين ، لاسيما في جانب المعاملات ــ المالية وغير المالية ــ.

ومن المقرر أن الإنسان بحاجة إلى أن يتعامل مع غيره ، ليحقق بذلك مصالحه ويلبي حاجاته ، فيدفع بذلك الحرج عن نفسه ويزيل الضرر ، ومعلوم أن إقدامه على هذه المعاملات يرتب عليه التزامات يجب عليه أن يفي بها ، ليتحقق بذلك مقصد الشارع من تشريع هذه المعاملات ، لكن قد يطرأ عليه ما يحول بينه وبين المضي فى المعاملة وإتمامها ، أو يكون ذلك بمحض إرادته واختياره ، مما يعد إخلالاً بمقصد الشارع ويفضي غالباً إلى النزاع والشقاق ، وهذا واقع محسوس في حياة الناس العملية .

ومن هنا جاءت فكرة هذا البحث ، لتحدد هذا المفهوم تحديداً دقيقاً ، ومن ثم تطبق عليه الفروع الفقهية ــ في العقود ــ المتفرقة في بطون الكتب ، فهذا الجانب مراعى في أبواب الفقه المختلفة ، ولا غرو في ذلك ، فإن من مقاصد التشريع حفظ الحقوق وإقامة العدل ومنع الظلم ودفع الضرر ، وذلك بإعطاء كل ذي حق حقه، وإلا ضاعت الحقوق ، واضطربت المعاملات ، وشاعت الفوضى ، وهذا مصادم لمقررات الشريعة وثوابتها .

أسباب اختيار الموضوع :

ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع لما يلى :

أولاً : كثرة وقوع الرجوع في معاملات الناس على اختلافها وتعددها ، ويترتب عليه في الغالب النزاع والشقاق ، مما يستدعي بيان أحكامه في بحث علمي.

ثانياً: لما كانت مسائل هذا الموضوع مفرقة في بطون الكتب مع دقتها وتفرعها ، رأيت الحاجة تدعو إلى إفراده بالبحث ، لجمع مفرقه وتنظيمه وتبويبه، ومن ثم إخضاعه للدراسة الفقهية النقدية بما فيها من استدلالات ومناقشات واعتراضات ، باختلاف الاتجاهات الفقهية .

ثالثاً : إبراز ما تتمتع به الشريعة من مرونة وسعة ، بحيث شملت جميع جوانب الحياة، والتي من أهمها العقود ، وكيف كان إتقانها وإحكامها بقوانين فقهية دقيقة .

الدراسات السابقة :

بعد البحث في المكتبة الإسلامية لم أقف بحسب اطلاعي ــ على مؤلف يتناول موضوع الدراسة ، إلا مؤلفًا واحدًا ، وهو عبارة عن رسالة دكتوراه ، تقدم بها الباحث/ فتح الله أكثم تفاحة إلى قسم الفقه المقارن بجامعة الأزهر ، وهي بعنوان : " نظرية الرجوع في العقود والتصرفات " وهي رسالة ذات قيمة علمية ، إلا أن ما قمت به في دراستي قد تميز على تلك الدراسة من عدة جوانب:

أولاً : أن دراستي تركزت على الجانب التطبيقي للرجوع ، فأخذت بذلك طابع الاستيعاب في الغالب لفروع مسائل البحث ، بينما تركزت تلك الدراسة على الجانب التنظيري ، ومن ثم اقتصرت على التمثيل دون الاستيعاب .

ثانياً : تناولت الرجوع بمفهومه الواسع الذى تضمن عدة معان ، بينما اقتصر الباحث في دراسته تلك على الفسخ الذي هو أحد معاني الرجوع .

أسباب اختيار الموضوع :

ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع لما يلى :

أولاً : كثرة وقوع الرجوع في معاملات الناس على اختلافها وتعددها ، ويترتب عليه في الغالب النزاع والشقاق ، مما يستدعي بيان أحكامه في بحث علمي.

ثانياً: لما كانت مسائل هذا الموضوع مفرقة في بطون الكتب مع دقتها وتفرعها ، رأيت الحاجة تدعو إلى إفراده بالبحث ، لجمع مفرقه وتنظيمه وتبويبه، ومن ثم إخضاعه للدراسة الفقهية النقدية بما فيها من استدلالات ومناقشات واعتراضات ، باختلاف الاتجاهات الفقهية .

ثالثاً : إبراز ما تتمتع به الشريعة من مرونة وسعة ، بحيث شملت جميع جوانب الحياة، والتي من أهمها العقود ، وكيف كان إتقانها وإحكامها بقوانين فقهية دقيقة .

الدراسات السابقة :

بعد البحث في المكتبة الإسلامية لم أقف ـ بحسب اطلاعي ـ على مؤلف يتناول موضوع الدراسة ، إلا مؤلفًا واحدًا ، وهو عبارة عن رسالة دكتوراه ، تقدم بها الباحث/ فتح الله أكثم تفاحة إلى قسم الفقه المقارن بجامعة الأزهر ، وهي بعنوان : " نظرية الرجوع في العقود والتصرفات " وهي رسالة ذات قيمة علمية ، إلا أن ما قمت به في دراستي قد تميز على تلك الدراسة من عدة جوانب:

أولاً : أن دراستي تركزت على الجانب التطبيقي للرجوع ، فأخذت بذلك طابع الاستيعاب في الغالب لفروع مسائل البحث ، بينما تركزت تلك الدراسة على الجانب التنظيري ، ومن ثم اقتصرت على التمثيل دون الاستيعاب .

ثانياً : تناولت الرجوع بمفهومه الواسع الذى تضمن عدة معان ، بينما اقتصر الباحث في دراسته تلك على الفسخ الذي هو أحد معاني الرجوع .

ثالثاً: أن دراستي قد شملت أغلب العقود ، في حين أن دراسة الباحث قد اقتصرت ـ في الغالب ـ على عقد البيع والإجارة .

رابعاً: توصلت إلى أن أسباب الرجوع ـ الذي هو بمعنى الفسخ ـ ثمانية ، بينما أفضت تلك الدراسة إلى أنها خمسة ، مع ما فيها من اختصار

الصعوبات في البحث :

من أبرز الصعوبات التي واجهتني خلال هذه الدراسة سعة الموضوع وكثرة فروعه وتشعبها وتفرقها ، مما استدعى جهدًا في تتبعها واستخراجها وترتيبها، ومن ثم دراستها . ومن تلك الصعوبات ـ أيضاً ـ شمولية مفهوم الرجوع، حيث اشتمل على معاني عديدة ، وكل معنى تندرج تحته فروع فقهية كثيرة . فكان هذا المفهوم بحاجة إلى ضبط حتى لا يدخل فيه ما ليس منه ، فلم أعثر ـ فيما وقفت عليه ـ على حد لهذا المفهوم ، فغاية ما هنالك أن الفقهاء قد استعملوه في عدة معان ، مما صعب المهمة في بيان مفهومه .

خطة البحث :

اقتضت طبيعة البحث أن أقسمه إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة.

أما المقدمة : فقد بينت فيها أسباب اختيار الموضوع ، والدراسات السابقة، والصعوبات التي واجهتني ، وخطة البحث ، والمنهج الذي اتبعته فيه .

وأما التمهيد : فهو في التعريف بالرجوع وبالعقد .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : التعريف بالرجوع لغة واصطلاحاً .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الرجوع في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف الرجوع في الاصطلاح .

الفصل الخامس : الآثار المترتبة على الرجوع .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أثر الرجوع على العدة .

المبحث الثاني : أثر الرجوع على الصداق .

المبحث الثالث: أثر الرجوع على النفقة والسكنى .

الفصل السادس : الرجوع بالخلع وأثره .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع بالخلع .

المبحث الثاني : أثر الرجوع بالخلع على العدة .

وأما الخاتمة : فقد ذكرت فيها أهم النتائج التى توصلت إليها .

منهج البحث :

وقد اتبعت في هذا البحث المنهج الآتي :

أولاً: عزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف ، بذكر السورة ورقم الآية.

ثانياً: خرجت الأحاديث والآثار الواردة في هذا البحث ، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين اكتفيت بذلك بدءًا بالبخاري ثم مسلم ، وإن لم يكن فيهما اجتهدت في تخريجه من باقي كتب السنة ، مبينًا عند التخريج اسم الكتاب والباب ورقم الجزء والصفحة . ولا أحكم على الحديث بالضعف والصحة إلا إذا كان الحديث فيه مقال .

ثالثاً : أذكر أقوال المذاهب الفقهية الأربعة بالإضافة إلى مذهب الظاهرية في كل مسألة فقهية أعرض لها ، مرتبًا لها بحسب ترتيبها الزمني ، ولا أكتفي بالعزو إليها في الهامش ، بل أوثق ما نسبته إليها بالنقل من الكتب الفقهية الأصلية المعتمدة في كل مذهب .

رابعاً: عند عرض الأدلة ، أذكر دليل كل قول مع العناية بوجه الدلالة ، مقدمًا الاستدلال بالكتاب ثم السنة ثم الآثار ثم القياس والتعليل ، وبعد ذلك أورد المناقشات الواردة على كل دليل ـ في موضعه ـ إن وجدت . وإلا اجتهدت في المناقشة ، وكذا الأجوبة على تلك المناقشات ، وبعد ذلك أثبت الرأي الراجح الذي توصلت إليه من خلال الدراسة .

خامساً: عرفت بالمصطلحات والكلمات الغريبة الواردة في صلب البحث .

سادساً: ترجمت للأعلام الذين وردت أسماؤهم في البحث ترجمة موجزة باستثناء الصحابة والأئمة الأربعة .

سابعاً: قمت بعمل فهارس فنية وهي على النحو الآتي :

- فهرس للآيات .
- فهرس للأحاديث .
- فهرس للآثار .
- فهرس للأعلام .
- فهرس للمصادر والمراجع .

وبعد ، فهذا جهد المقل ، بذلت فيه طاقتي وأفرغت وسعي ، فما كان فيه من صواب فمحض فضل الله وتوفيقه ، وما كان فيه من خطأ فمن زلل الفهم ، وأسأل الله أن يوفقني إلى الصواب ، وأعوذ به أن أَضَلّ أو أُضِلّ ، فهو الهادي إلى سواء السبيل .

ولا يفوتني هنا أن أكرر خالص شكري وعظيم تقديري إلى الأستاذ الدكتور/ محمد بلتاجي حسن لما قدمه ويقدمه للعلم وأهله ، والله أسأل أن ينفع بعلمه ويبارك فيه . إنه سميع قريب .

والحمد لله رب العالمين .

التمهيد

المبحث الأول

في تعريف الرجوع لغة واصطلاحاً

المطلب الأول

تعريف الرجوع في اللغة

يطلق لفظ الرجوع في اللغة على عدة معان ، مدارها على الانصراف والرد والعود والإبدال والمطالبة[١] .

فيأتي الرجوع بمعنى الانصراف ، يقال : رجع يرجع رجعًا ورجوعًا ورجعى ورجعانًا ومرجعًا ومرجعة : إذا انصرف ، وفي التنزيل : ﴿ إن إلى ربك الرجعى﴾[٢] أي الرجوع والمرجع والرجعة المرة من الرجوع [٣].

ويأتي بمعنى الرد ، يقال : راجع الشيء ورجع إليه ، ورجعته أرجعه رجعًا ومرجعًا : إذا رد ، والمرجوع : المردود [٤]، ويقال : ارتجع الشيء إليه : رده وأعاده إليه ، وارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعاً : رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرجعة [٥].

ويأتي بمعنى العود ، يقال : رجع من السفر وعن الأمر يرجع رجعًا ورجوعًا، وهو نقيض الذهاب ، ورجع في الشيء : عاد فيه . ومن هنا قيل : رجع

---

(١) انظر : لسان العرب مادة (رجع) (١١٤/٨ ــ ١٢٠)، المعجم الوسيط مادة (رجع) (٣٣١/١)، تاج العروس مادة (رجع) (٦٤/٢١ ــ ٨٠) .

(٢) سورة العلق آية (٨) .

(٣) انظر : لسان العرب مادة (رجع) (١١٤/٨).

(٤) انظر : المعجم الوسيط مادة (رجع) (٣٣١/١)، مختار الصحاح مادة (رجع) (٢٣٤).

(٥) انظر : لسان العرب مادة (رجع) (١١٦/٨)، تاج العروس مادة (رجع) (٧٠/٢١).

في هبته إذا أعادها إلى ملكه [١]، ويقال : ليس هـذا البيـع مرجـوع : أي لا يرجـع فيه [٢]. والرجوع : العود إلى ما كان عليه مكاناً أو صفة أو حالاً، يقال: رجـع إلى مكانـه وإلى حالـة الفقـر أو الغنـى ، ورجـع إلى الصحـة أو المـرض أو غيرهـا مـن الصفات[٣].

ويأتي ـ أيضـاً ـ بمعنى الإبـدال ، يقـال : ارتجـع بـه شـيئاً : اسـتبدل [٤]، ويقال: أرجـع الله همـه سـروراً أي أبـدل همـه سـروراً [٥]. ويـأتي كذلـك بمعنـى المطالبة ، يقال : ارتجع على الغريم : طالبه[٦].

---

(١) انظر المصدرين السابقين .

(٢) انظر لسان العرب مادة (رجع) (١١٨/٨).

(٣) انظر : تاج العروس مادة (رجع) (٢١/ ٧٧).

(٤) انظر: المعجم الوسيط مادة (رجع) (٣٣١/١).

(٥) انظر : تاج العروس مادة (رجع) (٧٧/٢١).

(٦) انظر : لسان العرب مادة (رجع) (١٢٧/٨).

المطلب الثاني

تعريف الرجوع في الاصطلاح

بعد النظر في كتب الفقه المعتمدة لم أعثر ـ فيما وقفت عليه منها ـ على تعريف محدد للرجوع ـ رغم كثرة استعمالهم له ـ يصور حقيقته ويبين ماهيته ويجمع أفراده ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الرجوع عند الفقهاء أمر واضح لا يحتاج إلى وضع حد له ، وذلك باستثناء ما ذكره الكاساني [1] في بدائع الصنائع من تعريف للرجوع . حيث حده بتعريف غير جامع لجميع أفراده ، فقد اقتصر على صورة بارزة من صوره دون ملاحظة بقية أجزائه ، والتعريف حتى يكون مقبولاً يجب أن يكون جامعًا لجميع أجزائه وأفراده ، ومانعًا من دخول غيره فيه ، وتعريف الإمام الكاساني هنا ليس من هذا القبيل ، فهو لم يحدد مفهوم الرجوع العام ، وهذا نص تعريفه : " الرجوع فسخ العقد بعد تمامه "[2]. فيلاحظ في هذا التعريف أنه اعتبر الرجوع منحصرًا بالفسخ ، دون أن يكون له معنى زائد على ذلك ، وسيأتي أن الرجوع أعم من الفسخ ، إذ الفسخ صورة من صوره، لذا فإن هذه المحاولة في حد الرجوع غير مكتملة ، لأنها لم تتناول الرجوع بمفهومه الواسع.

ويمكن أن نتعرف على الرجوع من خلال النظر في استعمال الفقهاء له في أبواب الفقه المختلفة ، وبعد التتبع والاستقرار تبين لي أن الفقهاء قد استعملوا هذا المصطلح في أبواب كثيرة ومختلفة بمعان متعددة ، وقد كثر استعمالهم له في بعض

---

(١) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني نسبة إلى كاسان بلدة بالتركستان خلف نهر سيحون ، وهو من أهل حلب من أئمة الحنفية ، كان يسمى ملك العلماء . له مصنفات عديدة ، منها : بدائع الصنائع ، السلطان المبين في أصول الدين . توفي سنة ٥٨٧ هـ . انظر ترجمته : الجواهر المضيئة ٢/٢٤٤ ، الأعلام ٢/٤٦.

(٢) ٦/١٢٨ .

الأبواب حتى أصبح المصطلح الشائع فيها كالهبة والوصية والعارية وغيرها ، ومن خلال النظر في تلك الأبواب التي استعمل الفقهاء فيها هذا المصطلح اتضح لي أن مفهومه الاصطلاحي عندهم لم يخرج عن مدلوله اللغوي ، فإنه يأتي تارة بمعنى الفسخ ، وتارة بمعنى الرد ، وتارة بمعنى المطالبة ... ، وهذه المعاني كلها من معاني كلمة الرجوع من حيث اللغة .

ولكي يزداد مفهوم الرجوع وضوحًا ، فإني سأعقد بينه وبين الألفاظ ذات الصلة به مقارنة أبين فيها مدى علاقة هذا المصطلح بغيره ، وذلك بعد التعريف بتلك المصطلحات ، وهي على النحو الآتي :

أولاً : الفسخ :

وهو في اللغة مصدر الفعل فسخ ، ويأتي بمعنى الإزالة ، يقال : فسخت الشيء أي أزلته عن موضعه ، وبمعنى الرفع ، يقال : فسخت العقد فسخًا : رفعته[١].

وفي الاصطلاح : تعددت تعريفات الفقهاء له ، فعرفه الكاساني بقوله : "رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن " [٢]، وعرفه ابن نجيم [٣]، فقال : " حل

---

(١) انظر : لسان العرب مادة (فسخ) (٤٤/٣، ٤٥) ، القاموس المحيط مادة (فسخ) (٢٧٦/١).

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٨٢/٥).

(٣) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ، فقيه حنفي أصولي من أهل مصر ، كان عالمًا محققاً ومكثراً من التصنيف ، أجيز بالإفتاء والتدريس وانتفع به خلائق . له مصنفات عديدة، منها : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الاشباه والنظائر ، توفي سنة ٩٧٠هـ . انظر ترجمته : شذرات الذهب (٣٥٨/٨)، الأعلام (١٠٤/٣).

ارتباط العقد " [١]، وعرفه الزركشي [٢]، فقال : " الفسخ معناه : رد الشيء واسترداد مقابله "[٣].

وبناء على هذه التعاريف التي حددت معنى الفسخ فقد اتضح أن معناه الاصطلاحي هو أحد معاني الرجوع ، لذا أطلق الفقهاء أحدهما على الآخر ، لاجتماعهما في المعنى ، وفي الآثار المترتبة على كل منهما ، غير أن الرجوع فيه معنى زائد على ذلك ، فهناك تصرفات كثيرة لا تدخل في إطار مفهوم الفسخ ، وهي في حقيقتها رجوع ، من ذلك : رجوع الكفيل على المكفول له ، ورجوع المحال على المحيل .. وغيرها من التصرفات التي هي بمعنى المطالبة ، والمطالبة صورة من صور الرجوع ، إضافة إلى بعض المعاني التي سأبينها بعد قليل مما لا يصدق عليها اسم الفسخ .

وعليه ، فإن الفسخ أحد أفراد الرجوع وصورة من صوره ، فالرجوع أعم منه ، إذ كل فسخ رجوع ، لكن ليس كل رجوع فسخاً .

ثانياً : الرد :

وهو في اللغة : صرف الشيء ورجعه ، ورد عليه الشيء إذا لم يقبله ، وكذا إذا خطأه ، ورددت إليه جوابه أي رجعت وأرسلت ، ومنه : رددت الوديعة، وتراد القوم البيع إذا ردوه [٤].

وفي الاصطلاح : لا يخرج معناه الاصطلاحي في الجملة عن معناه اللغوي .

---

(١) انظر : الاشباه والنظائر (٣٣٨).

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، فقيه شافعي أصولي ، تركي الأصل ، مصري المولد والوفاة . له مصنفات عديدة ، منها : البحر المحيط ، المنثور في القواعد ، إعلام الساجد ، توفي سنة ٧٩٤هـ . انظر ترجمته : الدرر الكامنة (٣٩٧/٣) ، الأعلام (٢٨٦/٦) .

(٣) انظر : المنثور في القواعد ٣ ٤٧ .

(٤) انظر : لسان العرب مادة (ردد) (١٧٢/٣، ١٧٣)، المعجم الوسيط مادة (ردد) (٣٣٧/١).

وقد استعمل الفقهاء الرد والرجوع بمعنى واحد في كثير من المواضع . فأطلقوا الرد على الرجوع وكذا العكس ، غير أن البعض ذهب إلى أنه قد ينفرد أحدهما عن الآخر بمعنى مستقل [١]، فقالوا : بأن الرجوع يختص بمن صدر عنه التصرف ، كمن يرجع عن هبته أو وصيته أو إقراره أو شهادته .. ، في حين أن الرد يختص بمن صدر التصرف لصالحه ، كرد المستعير للعارية ، ورد الموصى له للوصية ... ، وفي نظري أن الرجوع أعم من الرد ، فالرد وإن كان يجتمع مع الرجوع في كثير من معانيه ، إلا أن الرجوع يختص بمعان أخرى لا يحتملها مفهوم الرد ، فيجتمع الرد مع الرجوع في أن كلا منهما فسخ ، وإن كان استعمال الرد بمعنى الفسخ قليل إلا أنه يبقى أحد معانيه ، وكذلك اعتبار الرد والرجوع أثر من آثار انفساخ العقود ، حيث يجب على كلا العاقدين رد ما قبضه من الآخر ، في حين أن الرجوع يختص بالمطالبة ، ويكثر استعمال الفقهاء لمصطلح لرجوع بمعنى المطالبة في أبواب الكفالة والحوالة والنكاح على ما سيأتي بيانه في بابه .

وعليه ، فإن العلاقة بينهما ليست علاقة تماثل ، بل علاقة تباين جزئي ، فكل رد رجوع ، وليس كل رجوع ردًا ، فيكون الرجوع بناء على هذا أعم من الرد .

ثالثاً : النقض :

وهو في اللغة : إفساد ما أبرمته من عقد أو بناء ، وضد الإبرام ، يقال : نقضت البناء والحبل والعقد ، ويأتي بمعنى الإبطال ، تقول : نقضت ما أبرمته إذا أبطلته [٢].

وفي الاصطلاح : لا يخرج معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي ، فالنقض بناء على معناه اللغوي لا يخرج عن معنيين :

---

(١) انظر : الموسوعة الفقهية (١٢٧/٢٢ ـ ١٢٨).

(٢) انظر : لسان العرب مادة (نقض) (٢٤٢/٧)، المعجم الوسيط مادة (نقض) (٩٤٧/٢).

الأول : فك العقدة المبرمة بين العاقدين في العقود اللازمة ، أو تحرر العاقد مما التزم به في العقود الجائزة [1].

الثاني : إظهار بطلان الحكم ، ومنع الأثر المترتب عليه [2].

ومن خلال هذا التحديد لمفهوم النقض يتضح أن النقض يجتمع مع الرجوع في بعض المعاني ، ويختص كل واحد منهما عن الآخر بمعان أخرى، فالنقض يلتقي مع الرجوع في أن كلا منهما فسخ ، ويختص عنه بأن من معانيه الإبطال ، والإبطال أعم من الرجوع ، في حين أن الرجوع يختص بأن من معانيه المطالبة ، وكذلك يختص بأن من معانيه الرد ، وهو إرجاع كل عاقد ما قبض للآخر ، فالحاصل أن النقض والرجوع يلتقيان في بعض المعاني ، وينفرد كل واحد منهما في معان أخرى .

وبناء على جميع ما تقدم ، فإن مفهوم الرجوع في العقود التي سأتناولها في هذا البحث لا يخرج عن هذه المعاني ، فهو إما أن يكون فسخ للعقود إن وجدت أسبابه كالخيار ونحوه ، وهذا المعنى هو الغالب في الاستعمال ، وإما رد وهو أعم من الأول ، إذ يشمل الفسخ ويشمل التراد الذي هو أثر من آثار الفسخ والانفساخ ، وإما مطالبة سواء كانت مطالبة بالفسخ كما في النكاح ، أو مطالبة بالحقوق كما في الكفالة والحوالة .

---

(١) انظر : فسخ العقد في الشريعة الاسلامية (٣٢).

(٢) انظر : نقض الأحكام القضائية في التشريع الإسلامي (١٥).

المبحث الثاني

التعريف بالعقـد

المطلب الأول

في تعريف العقد لغة واصطلاحاً

العقد في اللغة :

العقد ـ بفتح العين وكسرها ـ مصدر بمعنى اسم مفعول ، وهو مأخوذ من عقد ، والعقد يطلق على عدة معان [١]:

فيطلق ويراد به الشد والربط ، سواء كان ربطاً حسيًا أم معنويًا ، وسواء كان من جانب أو من جانبين ، كقولك : ربطت الحبل بالحبل إذا ربطته به ، فهذا ربط حسي ، ومثال الربط المعنى : عقدت البيع ونحوه ... [٢]، قال في القاموس: "عقد الحبل والبيع والعهد إذا شده "[٣].

ومن معانيه أيضاً التوكيد والتغليط والتوثيق ، ومنه قوله تعالى ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ [٤] وكلمة عقد ـ بالتشديد ـ معناه التوكيد [٥].

ويطلق العقد أيضاً على العهد ، فيقال : عقد فلان بينه وبين فلان عقدًا فهو يعقده ، وذلك إذا واثقه على أمر وعاهده عليه عهدًا بالوفاء له لما عاقده

---

(١) انظر : لسان العرب مادة (عقد) (٢٨٩/٤) ، القاموس المحيط مادة (عقد) (٣٢٧/١)، معجم المقاييس في اللغة مادة (عقد) (٨٦/٤) ، الصحاح مادة (عقد) (٥١٠/٢).

(٢) انظر : لسان العرب مادة (عقد) (٢٨٩/٤).

(٣) ٣٢٧/١.

(٤) سورة المائدة آية (٨٩) .

(٥) انظر : لسان العرب مادة عقد (٢٩٠/٤).

عليه[١]، فهو يطلق على أوكد العهود ، لأن معنى العهد الإلزام فيكون العقد إلزاماً على سبيل الإحكام .

وعقده النكاح وغيره : إحكامه وإبرامه ، والجمع عقود [٢]، ومنه قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [٣]، وقوله تعالى : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح ﴾ [٤].

وبهذا يتبين أن العقد له عدة معاني يجمعها معنى الربط ، والربط في بعضها حسي كالشد ونقيض الحل ، وفي الآخر معنوي كالعهد والتأكيد والحلف.. قال القرطبي [٥]: " العقد على ضربين حسي كعقد الحبل ، وحكمي كعقد البيع ، فاليمين منفعلة من العقد ، وهي عقد القلب في المستقبل أن لا يفعل ، فهذه اليمين يحلها الاستثناء والكفارة "[٦].

العقد في الاصطلاح :

لا يبعد المعنى الاصطلاحي لكلمة العقد عن المعنى اللغوي له ، والمتتبع لكلام الفقهاء يجد أن العقد يحمل معنيين . ويطلق بإطلاقين ، أحدهما عام ، والآخر خاص .

---

(١) انظر : لسان العرب مادة (عقد) (٢٩٠/٤).

(٢) المصدر السابق .

(٣) سورة المائدة آية (١) .

(٤) سورة البقرة آية (٢٣٥) .

(٥) هو أبو عبد الله محمد بن احمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي ، من أهل قرطبة ، من علماء المالكية ، ومن كبار المفسرين . له مصنفات عديدة ، منها : الجامع لأحكام القرآن ، والأسنى في شرح أسماء الله الحسنى ، توفي سنة ٦٧١هـ . انظر ترجمته ; شذرات الذهب (٣١٠/٥) الأعلام (٢١٨/٦).

(٦) انظر : تفسير القرطبي ٣٢/٦ .

المعنى العام للعقد :

أطلق بعض الفقهاء كلمة العقد على كل التزام شرعي ، سواء كان ناشئا بإرادة طرفين كما في عقود المعاوضات ، أو بإرادة واحدة كعقود التبرعات لغير معينين والطلاق والإبراء والإسقاط [١]، ومن الأخير ما قاله الشافعي في أحكام القرآن وهو يبين المراد بقول الحق ﴿ أوفوا بالعقود﴾ [٢]، وقوله : ﴿ وأوفوا بالعهد إذا عاهدتم ﴾ [٣] وأنه عام في كل عقد : " ويشبه ـ والله أعلم ـ أن يكون الله تبارك وتعالى أراد أن يوفوا بكل عقد بيمين أو غير يمين ، وكل عقد نذر إذا كانت في العقد لله طاعة ، ولم يكن فيما أمر بالوفاء منهما معصية "[٤]، وقال القرافي [٥] في الفروق : " ..... والطلاق والعتاق عقدان عقدهما على نفسه فيجب الوفاء بهما " [٦]. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية [٧]: " إن الله قد حرم عقد

---

(١) انظر : الملكية ونظرية العقد ١٨٠ ، مبدأ الرضا في العقود ١/١١٣ ، المدخل الفقهي العام ١/٣٨٠ .

(٢) سورة المائدة آية (١).

(٣) سورة النحل آية (٩١).

(٤) ٢/٦٦ .

(٥) هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي الصنهاجي المصري ، نسبة إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب، وإلى القرافة المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي ، فقيه مالكي . من مصنفاته : الفروق ، الذخيرة ، توفي سنة ٦٨٤هـ ، انظر ترجمته : شجرة النور الزكية ١٨٨ ، الأعلام ١/٩٤.

(٦) ٣/١٦٩.

(٧) هو أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن القاسم بن تيميه الحراني الدمشقي الحنبلي ، شيخ الإسلام ، ولد بحران وانتقل إلى دمشق فنبغ واشتهر وأفتى ودرس وهو دون العشرين . له مصنفات كثيرة ، منها : منهاج السنة ، درء تعارض العقل والنقل ، الإيمان ، توفي بقلعة دمشق ٧٢٨ هـ . انظر ترجمته : المنهج الأحمد (٥/٢٤) . شذرات الذهب (٦/٨٠)، البدر الطالع (١/٦٣).

الظهار في نفس كتابه وسماه منكرا من القول وزوراً " [١]، إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على أن الفقهاء قد استعملوا كلمة العقد بهذا المعنى العام الذي يشمل ما كان ناشئاً بإرادة طرفين وبإرادة طرف واحد . من هنا عرف الجصاص[٢] العقد فقال : " هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله ، أو يعقد على غيره فعله على وجه ألزمه إياه "[٣].

وبناء على تعريف الجصاص ، فإن البيع والإجارة والنكاح وسائر عقود المعاوضات يسمى عقدًا، لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشيء من جانبه،كما أن الشركة والمزارعة والمساقاة وغيرها أيضًا يسمى عقدًا ، لدخولها في هذا المعنى ، وكذلك العهد أو الحلف على شيء في المستقبل يسمى أيضًا عقدًا، لأن الحالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه و بما تعهده به [٤].

وبهذا يتبين أنه لا يشترط عند بعض الفقهاء أن يطلق العقد على الالتزام الذي يتم بين طرفين ، بل كل ما عزم الإنسان على الوفاء به يسمى عقدًا ، سواء كان من طرف واحد أم من طرفين . فلا يشترط العدد في العاقد ، بل يكفي لانعقاد العقد إرادة واحدة ، وهذا ما مال إليه كثير من المفسرين عند تفسير قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [٥][٦].

---

(١) ١٦١/٢٩.

(٢) هو أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ، من أهل الري ، من فقهاء الحنفية ، سكن بغداد ودرس فيها ، وانتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته . له عدة مصنفات ، منها : أحكام القرآن ، شرح مختصر الطحاوي ، شرح الجامع الصغير، توفي سنة ٣٧٠ هـ . انظر ترجمته : الجواهر المضية (٨٤/١) ، الأعلام (١٦٥/١) .

(٣) أحكام القرآن ٢٩٤/٢ .

(٤) انظر : المنثور في القواعد ٣٩٧/٢ .

(٥) سورة المائدة آية (١).

(٦) انظر : تفسير الطبري ٣١/٦ ، تفسير القرطبي ٣٢/٦ ، تفسير ابن كثير ٤/٢ .

وبالنظر إلى هذا التفسير لمفهوم العقد نجد أن له ما يسنده من اللغة ، فمن قال به وأنه تكفي الإرادة المنفردة نظر إلى أن الالتزام عهد ، والعهد من معاني العقد.

وعلى هذا فإن المعنى العام للعقد ومعنى الالتزام مترادفان ، فالالتـــزام : "إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف مطلقاً أو معلقًا على شيء " [(١)]، وهو متضمن إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه ، سواء كان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال والإبراء . أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال .

أما التصرف فإنه يختلف عن العقد بمعناه العام ، فالتصرف : هو ما يصدر عن الإنسان من قول أو عمل ، ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار ، سواء كان ذلك متضمناً إرادة إنشاء حق من الحقوق أم لا ، وسواء أكان الأثر المترتب في صالح من صدر منه القول أو العمل أم في صالح غيره ، أو كان فيه ضرر له .

ويتضح من هذا أن التصرف أعم من العقد والالتزام معًا ، لأنه يشمل جميع التصرفات المندرجة تحت العقد حسب الإطلاق العام ، كما يشمل أيضاً الوقائع التي يترتب عليها أثر ضار يرتب الشارع عليه جزاء رادعًا لمن صدر عنه كواقعة السرقة أو القتل ... ، وبالمقارنة بينهما تبين أن بينهما فرقًا ، فيلتقيان في التصرف الذي يترتب عليه أثر نافع ، فكل تصرف بهذا المعنى فهو عقد ، وكل عقد بهذا المعنى فهو تصرف . ويفترق التصرف عن العقد فيما إذا ترتب عليه أثر ضار كالقتل والسرقة ، فإنهما يدخلان تحت مدلول التصرف ، ولا يدخلان في العقد، فالعقد أخص من التصرف .

(١) تحرير الكلام ٦٨ ، وانظر : أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٩٤ ، أحكام القرآن لابن العربي ٢/٥٢٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤/٨٢ .

المعنى الخاص للعقد :

عرف الجرجاني [(١)] العقد بمعناه الخاص ، فقال : " العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول " [(٢)]. وعرفه الزركشي ، فقال : " ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي " [(٣)]، وعرفه غيرهما ـ أيضاً ـ بمثل تعريفهما ، وهو ما يتم بين إرادتين أو بين طرفين متقابلين (إيجاب وقبول) ، وهذا المعنى هو المراد عند أكثر الفقهاء [(٤)].

والعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للعقد واضحة ، فقد خصص عموم الارتباط في المعنى اللغوي بالارتباط بين الإيجاب والقبول فقط ، وهذا لا يكون إلا من جانبين ، ومنه يتضح أنه لابد من اجتماع إرادتين لانعقاد العقد ، فلا يكفى إرادة واحدة ، وعلى هذا فالاعتاق والطلاق والإبراء مما يتم بإرادة واحدة لا يسمى عقداً ، أما البيع والإجارة وغيرهما مما يتم بإرادتين يسمى عقدًا .

وهذا المعنى للعقد هو المعنى الغالب والشائع عند أكثر الفقهاء ، ولذا إذا أطلقت كلمة العقد تبادر إلى الذهن أن المراد ارتباط كلام أحد العاقدين بكلام الآخر [(٥)].

---

(١) هو علي بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني ، من كبار العلماء بالعربية ، ولد في تاكو ودرس في شيراز . له نحو خمسين مصنفاً ، منها : التعريفات ، شرح مواقف الإيجي ، توفي سنة ٨١٦ هـ . انظر ترجمته : البدر الطالع (٤٨٨/١)، الأعلام (١٥٩/٥) .

(٢) انظر : التعريفات ١٩٦ .

(٣) انظر : المنثور ٣٩٧/٢ .

(٤) انظر : الاشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦ ، والاشباه والنظائر للسيوطي ٣١٨ ، القواعد لابن رجب ٧٤ .

(٥) انظر : الملكية ونظرية العقد ١٨١ .

أما العلاقة بين العقد بمعناه الخاص والتصرف فإنه على اعتبار أن العقد توافق إرادتين ينشأ عنه التزام ، أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعي يكون التصرف أعم من العقد ، لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى ويشمل غيره .

المطلب الثاني
في تصنيف العقود

العقود بوجه عام يختلف بعضها عن بعض في الأساس الذي تقوم عليه ، والموضوع الذي تهدف إليه ، والخصائص التي تمتاز بها ، والأحكام التي تتفرع عنها، لذا جرت العادة عند الباحثين فيها أن يبحثوا في تصنيفها وتقسيماتها قبل البحث في الأحكام المتعلقة بها والمتفرعة عنها ، وذلك لتوضيح حقيقتها وماهيتها، ليسهل بذلك تصورها ومعرفة وجوه الشبه والاختلاف بينها ، فالعقود تصنف إلى أصناف عديدة باعتبارات مختلفة ، بيانها فيما يلي :

أولاً : تصنيف العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها :

العقود بناء على هذا التقسيم تنقسم إلى قسمين [١]:

الأول : عقود مسماة: وهي التي أقر الشارع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص، وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها كالبيع والإجارة ... الخ .

الثاني : عقود غير مسماة : وهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها، ولم يرتب التشريع لها أحكاماً تخصها ، فالعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر ،لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات، وقد نشأت في الفقه الإسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة ، وقد يبقى بعضها بلا اسم

---

(١) انظر : ضوابط العقد للتركماني ٢٨٨ . نظرية العقد ١٧ ، ١٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٤٢/٤ ، المدخل الفقهي العام ٦٣٢/١ . ٦٣٣ .

إلى أن اصطلح لها على اسم ، فيعرف في كتب الفقه بهذا الاسم وتقرر له أحكاماً، لتصبح بذلك عقوداً مسماة ، ولا مانع من ذلك ، فيجوز إحداث عقود جديدة إن كانت لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها العامة ، لأنه لا يوجد نص يحدد هذه العقود أو يقيد موضوعاتها ....، ومن العقود غير المسماة القديمة التي اصطلح لها فيما بعد على أسماء اختصت بها ما يعرف ببيع الوفاء ، الذي يتردد اعتباره بين الرهن والبيع ثم استقر بعد على تسمية خاصة ، وكذلك الاستصناع الذي تردد بين اعتباره بيعًا أو إجارة ثم استقر على تسمية خاصة به .. ، ومن العقود غير المسماة في العصر الحديث ما يعرف بعقد النشر والإعلان ، وكذا المضايفة ، وهي النزول في الفنادق بالطعام والشراب ، فهذا العقد لم يوضع له اسم خاص رغم شيوعه .

ثانياً : تصنيف العقود بالنظر إلى المالية وعدمها :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام [(١)]:

الأول : عقود مالية من الطرفين ، وهي العقود الواقعة على عين من الأعيان، سواء أكان نقل ملكيتها بعوض كالبيع .. أم بغير عوض كالهبة والقرض.. وتنقسم العقود المالية التي يكون التمليك فيها بعوض إلى قسمين :

ـ مبادلة مال بمال : وهي التي يكون فيها المال مقصوداً من الجانبين حقيقة كالبيع والصرف والسلم وغيرها .

ـ مبادلة مال بمنفعة : وهي التي يكون فيها المال مقصوداً من الجانبين حكماً، أو أن يقصد أحدهما المال والآخر المنفعة، لأن المنافع تنزل منزلة الأموال كالإجارة والمضاربة والمساقاة والمزارعة .

---

(١) انظر : مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٨٩/٢٩ ، المنثور في القواعد ٤٠٢/٢ ـ ٤٠٣ ، الموسوعة الفقهية ٢٢٧/٣٠ ـ ٢٢٨ .

الثاني : عقود غير مالية من الطرفين : وهي العقود الواقعة على عمل دون مقابل كالوكالة والكفالة والوصاية أو الكف عن عمل معين كعقد الهدنة بين المسلمين وأهل الحرب .

الثالث : عقود مالية من جانب ، وغير مالية من جانب آخر كالنكاح والخلع والصلح عن دم .

ثالثاً : تصنيف العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه :

تنقسم العقود باعتبار اللزوم والجواز إلى أربعة أقسام [١]:

الأول : عقد لازم بحق الطرفين ، ولا يقبل الفسخ بطريق الإقالة ، وهو عقد النكاح الذى لا يقبل الإلغاء الاتفاقي ، ولكن يقبل الإنهاء بطرق مشروعة مخصوصة كالتطليق والمخالعة ، وكالتفريق القضائي بالفسخ عند وجود أسبابه الشرعية المعتبرة .

الثاني : عقود لازمة بحق الطرفين ، لكنها تقبل الفسخ كالبيع والإجارة وغيرهما، فالعقود اللازمة هي التي لا يجوز الرجوع فيها بعد تمامها صحيحة ، ولكنها تحتمل الفسخ ، غير أنه ليس لأحد من العاقدين فسخها دون رضا الطرف الآخر أو وجود سبب الفسخ كالخيار .

الثالث : عقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط كالرهن والكفالة ، فإنهما لازمان بالنسبة للراهن والكفيل ، ليس لأحدهما الفسخ إلا برضا المرتهن والمكفول له ، في حين أنهما غير لازمين في حق المرتهن والمكفول له ، لأن العقد هنا إنما شرع توثقة لحقهم ، فهو محض مصلحتهما ، لذ فإن له التخلي عن توثقة حقه ودينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

---

(١) انظر : الاشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ٤٦٤ ، المنثور ٣٩٨/٢، الملكية ونظرية العقد ٣٨١ ، المدخل الفقهي العام ٦٣٩/١.

الرابع : عقود غير لازمة أصلاً بحق كلا العاقدين ، وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع كالوديعة والوكالة وغيرهما ، فلكل واحد من العاقدين في هذه العقود أن يفسخ العقد من غير توقف على رضا الطرف الآخر في الجملة، لأنه لو لزم هذا النوع من العقود ، لأدى ذلك إلى أن يمتنع الطرف الآخر عن إبرام العقد خوفاً من لزومه ، خاصة إذا لم يكن له فيه مصلحة .

رابعاً : تصنيف العقود بالنظر إلى النفاذ وعدمه :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين [١]:

الأول : عقود نافذة : وهي العقود الصادرة من أهلها ، المضافة إلى محلها، وقد سلمت أوصافها من الخلل ، وكان صدورها لمن له ولاية العقد . وهي عقود صحيحة لم يتعلق بها حق الغير ، وتفيد الحكم في الحال، فلا يحتاج في ظهور آثارها إلى إجازة الغير .

الثاني : عقود موقوفة : وهي العقود الصادرة من أهلها ، المضافة إلى محلها، مع سلامة أوصافها من الخلل . لكن صدورها لم يكن ممن له ولاية العقد كعقود الفضولي ، وهي عقود اختلف فيها ، فذهب الحنفية [٢] والمالكية [٣] وقول للشافعي في القديم [٤] ورواية عند الحنابلة [٥] إلى أنها عقود صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل ، فالعبارة صدرت صحيحة ، لصدورها عن ذي أهلية في محل صالح ، فيكون العقد صحيحًا ، ولكن تتأخر

---

(١) انظر : الملكية ونظرية العقد ٣٧٩ ، نظرية العقد ١٥ ، المدخل الفقهي العام ٦٣٨/١ .

(٢) انظر : المبسوط ١٥٣/١٣ . بدائع الصنائع ٢١٩/٥.

(٣) انظر : الاشراف ٥٦١/٢ . مواهب الجليل ٧٤/٦ ــ ٧٨.

(٤) انظر : المجموع ٢٦٢/٩ . مغني المحتاج ٣٥١/٢.

(٥) انظر : المغني ٢٩٦/٦ ، الفروع ٣٦/٤.

أحكامه إلى وقت الإجازة . وذهب الشافعي في الجديد [١] وهو المذهب عند الحنابلة[٢] إلى أن هذه العقود باطلة . ذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد لا للنفاذ ، فكل عقد صدر عمن ليس له ولاية العقد فعبارته ملغاة لا يلتفت إليها .

خامساً : تصنيف العقود بالنظر إلى اشتراط القبض وعدمه :

تقسم العقود بهذا الاعتبار إلى أربعة أقسام [٣]:

الأول : عقود لا يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد في الجملة كالبيع المطلق والإجارة وغيرهما ، فالبيع ينعقد بالإيجاب والقبول، وتترتب عليه آثاره من حينه ، سواء حصل التقابض أم لا ، وكذلك الإجارة .

الثاني : عقود يشترط فيها قبض المعقود عليه لنقل الملكية كالهبة ـ مثلاً ـ فالملكية في عقد الهبة لا تنتقل بالإيجاب والقبول ، بل يحتاج ذلك إلى القبض بإذن الواهب ، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦]، أما المالكية [٧] والظاهرية [٨] فلم يشترطوا القبض في انتقال الملكية ، بل تنتقل ملكية الموهوب للموهوب له بالعقد . ويجب على الواهب إقباضه .

الثالث : عقود يشترط فيها القبض لصحتها كالصرف ، فإنه وبالاتفاق يشترط في صحته التقابض في البدلين قبل التفرق عن مجلس العقد .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٣٥١/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٣/٣.

(٢) انظر : المغني ٣٩٦/٦ ، الإنصاف ٤ ٢٨٣ .

(٣) انظر : الموسوعة الفقهية ٢٣١/٣٠ ـ ٢٣٣ .

(٤) انظر : البناية ٧٩٩/٧ ، حاشية ابن عابدين ٣٢٤/٢.

(٥) انظر : المهذب ٣٣٤/٩ ، روضة الطالبين ٤٣٧/٤.

(٦) انظر : الانصاف ١١٩/٧ ، المبدع ٥ ٣١٣ .

(٧) انظر : القوانين الفقهية ٣١٦ ، مواهب الجليل ١١/٨ .

(٨) انظر : المحلى ٦٢/٨ .

سابعاً : تصنيف العقود بالنظر إلى التأقيت وعدمه :

تقسم العقود باعتبار التأقيت وعدمه إلى قسمين [١]:

الأول : عقود مؤقتة : وهي كل عقد كانت المدة ركناً فيه كالإجارة والمساقاة والهدنة ، وقد يعرض له التأقيت حيث لا ينافيه كالمضاربة يذكر فيها مدة.

الثاني : عقود غير مؤقتة (مطلقة): وهي كل عقد لا تكون المدة ركناً فيه ، كالبيع والنكاح والوقف ، وهذا القسم لا يقبل التأقيت ، ومتى أقت بطل .

ثامناً: تصنيف العقود بالنظر إلى غاية العقد :

العقود بهذا الاعتبار تنقسم إلى عدة أقسام ، بيانها فيما يلي [٢]:

الأول : عقود التمليكات : وهي التي يكون الغرض منها تمليك الشيء ، سواء ورد على العين أو المنفعة، وسواء كان بعوض أم بغير عوض ، وهي تنقسم إلى قسمين :

ـ عقود المعاوضات : ويطلق عليها أيضاً عقود المبادلات ، وهي التي يكون التمليك فيها بعوض كالبيع والإجارة وغيرهما .

ـ عقود التبرعات : وهي التي يكون التمليك فيها بغير عوض ، والنفع فيها يكون لأحد العاقدين دون الآخر ، وتقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر كالهبة والوصية والعارية والوقف ، غير أن من عقود التبرعات ما يكون التبرع في ابتدائها دون انتهائها كالقرض والهبة بشرط العوض ، فالمقرض متبرع عند الإقراض ، لكن عند رجوعه على المقرض بمثل ما أخذه يتحول العقد بذلك إلى معاوضة، لأنه يأخذ عوض ما دفعه .

---

(١) انظر : الاشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٢ .

(٢) انظر : الاشباه والنظائر لابن نجيم ٣٦٦ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ٤٦٣ ، المنثور في القواعد ٣٩٧/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٤٤/٤ ، المدخل الفقهي العام ٦٤٤ .

الثاني : عقود الاسقاطات : وهي العقود التي يكون الغاية منها إسقاط الحق أو شيء منه ، وهي على قسمين :

ـ إسقاط محض كالطلاق المجرد عن مال ، والعفو عن القصاص من غير بدل، والتنازل عن الشفعة مجاناً .

ـ إسقاط غير محض كالطلاق نظير مال ، والعفو عن القصاص نظير مال.

الثالث : عقود الشركات : وهي التي يكون الغرض منه الاشتراك في العمل والربح كعقود الشركة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والمضاربة .

الرابع : عقود الاطلاقات : وهي التي يكون الغرض منها إطلاق الإنسان يد غيره في التصرف في شيء كان ممنوعاً عن التصرف فيه كالوكالة والوصاية والإذن للمحجور عليه في التصرف ..

الخامس : عقود التقييدات : وهي التي يكون الغرض منها تقييد الشخص لغيره ومنعه من التصرف في شيء كانت يده قد أطلقت فيه كعزل الوكلاء والأوصياء وناظر الوقف ومنع المحجور عليه من التصرف بعد الإذن له فيه .

السادس : عقود التوثيقات : وهي التي يكون الغرض منها توثق الدائن على دينه من قبل المدين كالرهن والكفالة والحوالة ، وتسمى أيضاً عقود الضمانات أو التأمينات .

السابع : عقود الاستحفاظات : وهي التي يكون الغرض منها الحفظ كالوديعة .

تاسعاً: تصنيف العقود بالنظر إلى الصحة وعدمها :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين (١):

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ٦٣٦/١. الملكية ونظرية العقد ٣٦٩ ـ ٣٧٠ ، نظرية العقد ١٤ ـ ١٥ ، الموسوعة الفقهية ٢٣٥/٣٠.

الأول : عقود صحيحة ، وهي التي تترتب عليها آثارها [١]، وزاد الحنفية قيدًا ، وهو أن يكون العقد غير مطلوب الفسخ شرعاً ، لأنهم ـ كما سيأتي ـ يثبتون قسماً بين الصحيح والباطل هو الفاسد ، فالفاسد عندهم قد تترتب عليه بعض آثاره ، فلكي يخرجوه من تعريف الصحيح جاؤوا بهذا القيد ، فعرفوا العقود الصحيحة بأنها : " هي التي تترتب الآثار المطلوبة منها عليها ، مع عدم مطلوبية الفسخ من الشارع "[٢]. وقد اصطلحوا أيضاً على تعريف خاص بهم فعرفوا الصحيح بأنه : " ما كان مشروعاً بأصله ووصفه "[٣]. والتعريفان وإن كانا بمعنى واحد إلا أن الأخير اصطلاح خاص بهم .

وفي الجملة فإن الفقهاء قد اتفقوا على أن العقد إذا كان صادراً من أهله ، مضافاً إلى محله ، صالحاً لحكمه ، سالماً من الخلل في أركانه وأوصافه كان عقداً صحيحاً تثبت أحكامه وتترتب عليه آثاره .

الثاني : عقود غير صحيحة ، وهي عند الجمهور قسم واحد يوصف بالبطلان والفساد ، ويعرفونها : بأنها التى لا تترتب آثارها عليها ، فالبطلان والفساد عندهم هو عدم ترتب الأثر المطلوب من العقد عليه [٤]، فكل مقابل للعقد الصحيح باطل غير منعقد . سواء أكان الخلل في أركانه أم كان الخلل في أوصافه الملازمة ، فهو في حكم المعدوم في نظر الشرع .

أما الحنفية فقد فرقوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، فالباطل عندهم : هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه [٥]، أي أنه وجد خلل في العاقدين كأن يكونا

---

(١) انظر : المستصفى ٩٤/١ ، شرح الكوكب المنير ٤٧٣/١.

(٢) انظر : تيسير التحرير٢٣٦/٢ . فواتح الرحموت ١٢٢/١.

(٣) المصدرين السابقين .

(٤) انظر : المستصفى ٩٥/١ ، روضة الناظر ١ ١٦٦ ، ١٦٧ .

(٥) انظر : تيسير التحرير ٢٣٦/٢ . فواتح الرحموت ٢٢/١ .

فاقدي الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز ، أو في محل العقد كبيع الميتة ولحم الخنزير ، فالباطل في نظرهم غير منعقد ، ولا يفيد الملك بالقبض [١].

وأما الفاسد ـ في نظرهم ـ يختلف عن الباطل ، فعرفوه : بأنه ما شرع بأصله دون وصفه [٢]، فالخلل فيه ليس من العاقدين أو محل العقد ، وإنما الخلل في الأوصاف ، بأن ورد النهي عنها كبيع الدرهم بالدرهمين ، فهو مشروع بأصله وهو بيع درهم بدرهم ، ممنوع بوصفه وهو الزيادة المحرمة ، فالفاسد منعقد ، ويفيد الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة ، وهو واجب الفسخ شرعاً [٣].

ومنشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية يرجع إلى اختلافهم في أثر النهي في المنهي عنه ، هل يقتضي عدم وجوده شرعاً ؟ فالجمهور يرون أن الشارع إذا نهى عن عقد من العقود فإن هذا النهي يقتضي عدم وجوده شرعاً ، سواء كان هذا النهي راجعاً إلى أصل العقد أو إلى وصف ملازم له ، بينما الحنفية وإن اتفقوا مع الجمهور في أن النهي إن كان راجعاً إلى أصل العقد بأنه يصبح بذلك باطلاً لا وجود له ، ولا يترتب عليه أثر ، إلا أنهم اختلفوا معهم فيما إذا كان النهي عائداً إلى وصف ملازم ، فإنهم يرون بأن الوصف فقط يكون باطلاً ، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ،فينعقد العقد إلا أنه فاسد يجب فسخه [٤].

---

(١) انظر : الاختيار ٢٣/٢ ، فتح القدير ٣٧١/٦.

(٢) انظر : تيسير التحرير ٢٣٦/٢ ، فواتح الرحموت ٢٢/١ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٤٥١/٥ ، فتح القدير ٣٧١/٦.

(٤) انظر الخلاف في هذه المسألة : أصول السرخسي ٨١/١ ، تيسير التحرير ٣٧٦/١، الفروق ٨٢/٢ ، المستصفى ٢٥/٢، روضة الناظر ١١٢/٢.

الباب الأول

الرجوع في عقد البيع

وفيه ثمانية فصول :

الفصل الأول : الرجوع في المؤاعدة بالبيع.

الفصل الثاني : الرجوع بسبب عدم ملكية المبيع .

الفصل الثالث : الرجوع بسبب الخيار .

الفصل الرابع : الرجوع بسبب الإفلاس .

الفصل الخامس: الرجوع بسبب اختلاف المتبايعين .

الفصل السادس: الرجوع بسبب فساد العقد .

الفصل السابع : الرجوع بسبب تلف المبيع .

الفصل الثامــن : الرجوع بالإقالة .

الفصل الأول

الرجوع في المواعدة بالبيع

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم الوفاء بالوعد عموماً .

المبحث الثاني : حكم الوفاء بالمواعدة في البيع .

الفصل الأول

الرجوع في المواعدة بالبيع[1]

إذا قام البائع بشراء سلعة بناء على طلب من وعده بالشراء في صورة ما يسمى بـ(بيع المرابحة للآمر بالشراء) حيث لا يكون البائع مالكاً للسلعة ، وإنما يقوم بتلقي وعود من الراغبين في الشراء ، أنه متى تملكها فإن الواعد يتقدم بشرائها إلى أجل ، ولما قد يترتب على تلبية هذه الطلبات بناء على الوعد بالشراء من احتمال نكول الواعد عن الوفاء بوعده بإتمام العقد ، الأمر الذى قد يؤدي إلى تضرر الموعود ببقاء السلعة عنده ، واحتمال عدم وجود راغب في أخذها ، فهل يكون هذا الوعد بينهما ملزماً للطرفين حتى يؤمن النكول وينتفى الضرر عن الموعود ، فيلزم الواعد بإتمام العقد بناء على الوعد السابق ، ولا يكون له حق في الرجوع ؟ هذا الأمر يقودنا إلى إفراد المسألة بالبحث ، فنبدأ بمعرفة حكم الوفاء بالوعد ديانة والإلزام به قضاء لنصل إلى مسألتنا ، وهي الإلزام بالمواعدة في البيع .

---

(١) البيع في اللغة : مصدر باع ، وهو مبادلة مال بمال ، ويستعمل كل من البيع والشراء بمعنى الآخر ، نظراً إلى أن كلاً من الطرفين متماثل في معنى المعاوضة ، وكل منهما بائع من وجه مشتر من وجه ، فكلاهما في اللغة من أسماء الاضداد .

ولفظ البيع يتعدى بنفسه إلى المفعولين . فيقال بعتك الشيء ، كما يتعدى إلى المشتري بحرف " من " فيقال: بعته منك ، وربما دخلت اللام مكان من ، فيقال : بعته لك .

انظر : لسان العرب مادة (بيع) (٢٣/٨ ـ ٢٤) ، القاموس المحيط مادة (بيع))٩٤٩/٢).

واصطلاحاً : عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة .

انظر : بدائع الصنائع ١٩٩/٥ ، جواهر الإكليل ٣/٢ ، حاشية قليوبي ١٥٢/٢ ، الشرح الكبير ٢/٤.

المبحث الأول

حكم الوفاء بالوعد [١] عموماً

لا خلاف بين الفقهاء في أن من وعد غيره بمحرم لا يجوز له أن يفي بوعده، بل يجب عليه إخلافه ، وإتيان الذي هو خير [٢]، كما اتفقوا على أن من وعد غيره بشيء واجب شرعاً قبل الوعد ، فإنه يجب عليه الوفاء بالوعد بالوجوب الأول[٣]،واتفقوا ـ أيضاً ـ على أن من وعد غيره بمباح أو مندوب أنه يستحب ويندب له أن يفي بما وعد ، ويكون الوفاء به حينئذ ممدوحاً ، وأن صاحبه يستحق الثناء والمدح ، وتاركه يستحق الذم [٤].

واختلفوا في الأخير ـ وهو الوفاء بالمباح والمندوب ـ هل واجب محتسم ؟ أم أن غاية ذلك الندب والاستحباب في حكم الديانة ؟ وهل يمكن الإلزام بالوعد بالمعروف،ويقضي علىالواعد بوعده في حكم القضاء؟ اختلفوا في ذلك علىأقوال:

القول الأول : إن الوفاء بالوعد واجب إلا لعذر ، وإن الواعد لا يلزمه الوفاء بوعده جبراً ، ولا يقضى به عليه .

---

(١) الوعد لغة : العهد مطلقاً في الخير والشر ، لكنه في الخير أكثر استعمالاً ، وتقول : وعده الامر به عدة ووعداً وموعداً وموعدة وموعوداً وموعودة . والوعد والعدة يكونان مصدراً واسما . فأما العدة فتجمع على عدات ، وأما الوعد فلا يجمع .

انظر : لسان العرب مادة (وعد) (٤٦١/٣)، والمصباح المنير مادة (وعد) (٦٦٤/٢ ، ٦٦٥)

واصطلاحاً : لا يخرج الوعد عن معناه اللغوي ، إذ هو إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل .

انظر : شرح مجلة الأحكام العدلية (٢٣٨/١)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٥٣. فتاوى الشيخ عليش ٢٥٤/١. شرح حدود ابن عرفة ٥٦٠/٢.

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٤٤٢/٣ ، الأذكار للنووي ٣٩٦ ، المحلى ٢٩/٨.

(٣) انظر : شرح مجلة الأحكام العدلية ٢٣٨/١ ، المحلى ٢٩/٨.

(٤) انظر : تحرير الكلام ص ١٥٣ ، التمهيد ٢٠٧/٣.

وهو قول ابن العربي [١][٢]وابن الشاط [٣][٤] من المالكية ، والغـزالي [٥][٦] من الشافعية، ووجه عند الحنابلة [٧] اختاره ابن تيمية [٨].

جاء في أحكام القرآن : والصحيح عندي أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر" [٩]، وجاء في إدرار الشروق : قلت الصحيح عنـدي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً [١٠]"، وجاء في الفتوحات الربانية : " لا أقول يبقى دينا حتـى

---

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي الأشبيلي المالكي، الإمام العلامة الحافظ القاضي ، صاحب التصانيف النافعة ، برع في فنون عديدة ، وكان فصيحاً خطيباً ثاقب الذهن ، له عدة مصنفات ، منها : عارضة الأحوذي لشرح صحيح الترمذي ، وأحكام القرآن وغيرهما . توفي سنة ٥٤٣ هـ .

انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٤٢٣/٣ ـ ٤٢٤) ، البداية والنهاية (٢٢٨/١٢ ـ ٢٢٩) . شذرات الذهب (١٤١/٤ ـ ١٤٢) .

(٢) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٢٤٣/٤.

(٣) هو أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري السبتي ، أخذ عن الحافظ المحاسبي، له تآليف منها: إدرار الشروق ، وغنية الرائض في علم الفرائض ، توفي سنة ٧٢٣ هـ

انظر ترجمته في : الديباج المذهب (٢ ١٥٢) . وشجرة النور الزكية (٢١٧)

(٤) انظر : ادرار الشروق لابن الشاط ٢٤/٤ .

(٥) هو أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ـ بتشديد الزاي ـ ، من كبار فقهاء الشافعية ، أصولي متكلم ، من أشهر مشايخه الجويني ، كان ـ أبو حامد ـ شديد الذكاء ، مفرط الإدراك ، قوي الحافظة ، له عدة مصنفات ، منها : البسيط ، والوسيط ، والوجيز ، والخلاصة ، وإحياء علوم الدين ... الخ . توفي سنة ٥٠٥ هـ.

انظر : ترجمته في : طبقات الشافعية للسبكي (١٩١/٦) ، الوافي بالوفيات (٢٧٤/١).

(٦) انظر : الفتوحات الربانية ٢٥٨/٦ ـ ٢٥٩ ، إحياء علوم الدين ١٣٢/٣ .

(٧) انظر : المبدع ٣٤٥/٩ ، الإنصاف ١٥٢/١١، حاشية ابن قاسم ٤٠/٥.

(٨) انظر : الاختيارات الفقهية للبعلي ص ٣٣١ ، الإنصاف ١٥٢/١١.

(٩) ٢٤٣/٤ .

(١٠) ٢٤/٤ .

يقضى من تركته ، وإنما أقول يجب الوفاء تحقيقاً للصدق وعدم الإخلاف " [١].
وجاء في الإنصاف :" وذكر الشيخ تقي الدين وجهاً أنه يلزمه ، واختاره "[٢].

القول الثاني : أن الوفاء بالوعد واجب مطلقاً يحرم إخلافه بلا عذر ، كما أن الواعد يلزم بالوفاء بوعده ويقضي به عليه إلا من عذر يمنع الوفاء .

وهو قول للمالكية [٣].

جاء في البيان والتحصيل : " وقيل إنها تلزم على كل حال "[٤].

القول الثالث : أن الوفاء بالوعد مستحب وليس بواجب ديانة ، وأنه لا يلزم الواعد بالوعد ولا يقضي به عليه .

وهو قول للمالكية [٥]، وقول الشافعية [٦]، والحنابلة [٧].

جاء في البيان والتحصيل : " وقيل إنها لا تلزم بحال " [٨]، وجاء في الأذكار: " وهل ذلك ـ أي الوفاء بالوعد ـ واجب أومستحب ؟ فيه خلاف ، وذهب الشافعي إلى أنه مستحب .." [٩]، وجاء في الإنصاف : " لا يلزم الوفاء

---

(١) ٢٥٨/٦ ـ ٢٥٩ .

(٢) ١٥٢/١١.

(٣) انظر : البيان والتحصيل ٨ ١٨ ، وفتاوى الشيخ عليش ١ .٢٥٤ ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والقاضي سعيد بن الأشوع وابن شرمة . انظر : تفسير القرطبي ١١٦/١١ ، فتح الباري ٢٩٠/٥ ـ ٢٩١.

(٤) ١٨/٨ .

(٥) انظر : المنتقى للباجي ٢٢٧/٣ ، تحرير الكلام ص ١٥٥ ، البيان والتحصيل ١٨/٨.

(٦) انظر : الأذكار ص٤٥٤ ، الزواجر عن اقتراف الكبائر لابن حجر الهيتمي ٩٠/١ ، فتح الباري ٢٩٠/٥ .

(٧) انظر : المبدع ٣٤٥/٩ ، الانصاف ١٥٢/١١ ، حاشية ابن قاسم ٤٠/٥.

(٨) ١٨/٨ .

(٩) ٤٥٤ .

بالوعد على الصحيح من المذهب نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب "[١].

القول الرابع : إن الوعد المجرد لا يلزم الوفاء به ، وأما الوعد المعلق على شرط فإنه يكون ملزماً ويقضي به على الواعد .

وهو قول الحنفية [٢].

جاء في الأشباه والنظائر : "ولا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً "[٣].

القول الخامس : إن الوعد يكون ملزماً يقضي به على الواعد إذا كان الوعد قد تم على سبب . ودخل الموعود نتيجة الوعد فى شيء .

وهو المشهور من مذهب المالكية [٤].

جاء في البيان والتحصيل : " والعدة إذا كانت على سبب لزمت بحصول السبب في المشهور من الأقوال "[٥].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن الوفاء بالوعد واجب ديانة ولا يلزم به قضاء بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [٦]، وقوله: ﴿ وأوفوا بالعهد ..﴾ [٧].

---

(١) ١٥٢/١١.

(٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٨ ، غمز عيون البصائر ٢٣٧/٣ ، درر الأحكام ٧٧/١

(٣) ٢٨٨ .

(٤) انظر : المنتقى ٢٢٧/٣، الفروق ٢٤/٤ ــ ٢٥ ، البيان والتحصيل ١٨/٨.

(٥) ١٨/٨ .

(٦) سورة المائدة : آية (١).

(٧) سورة الإسراء : آية (٣٤).

وجه الدلالة :

أن الله أمر بالوفاء بالعقود والعهود ، وهما كل ما ألزم المرء به نفسه ، والوعد من ذلك ، فدلت الآيتان على وجوب الوفاء بالوعد [١].

الدليل الثاني :

قوله تعالى :﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون﴾[٢].

وجه الدلالة :

أن الله ذم الذين يقولون ما لا يفعلون ، وأخبر سبحانه وتعالى أنه يمقت ذلك ، والمقت أعظم البغض ، ولا يكون إلا لترك واجب أو فعل محرم ، فإخلاف الوعد قول قد نكل الواعد عن فعله ، فيكون قد قال ولم يفعل ، وهذا هو الذي ذمته الآية [٣].

نوقش : بأن المراد بالآية الذين يقولون ما لا يفعلون في الأمور الواجبة كالجهاد، والزكاة، ونحو ذلك من الواجبات ، فإن الوعد بذلك واجب الوفاء [٤].

يجاب على هذه المناقشة : أن ترك الواجب مذموم مطلقاً ، سواء وعد به من وجب عليه أم لم يعد ، فالوعد بما يجب قبل الوعد لا إشكال في وجوبه والإلزام به ، والوعد لا يزيده إلا تأكيداً ، وعليه فتكون الآية عامة في ذم كل من قال ما لا يفعل .

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٤٤٢/٣ ، تفسير القرطبي ١١٦/١١ .

(٢) سورة الصف : آية (٢).

(٣) انظر : الفروق ٢٠/٤ ، أضواء البيان ٣٠٤/٤ .

(٤) انظر : الفروق ٢٥/٤ ، المحلى ٢٩/٨ .

الدليل الثالث :

قوله ﷺ : " آية المنافق ثلاث ، إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا اؤتمن خان "(١).

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ ذم إخلاف الوعد ، وعد ذلك من خصال المنافقين ، وخصال المنافقين محرمة يجب اجتنابها ، فدل ذلك على أن إخلاف الوعد محرم ، وأن الوفاء به واجب (٢).

نوقش من وجوه :

الأول : أن الحديث في بيان من كان الخلف سجية له ، فإن هذا هو المذموم الذي يستحق صاحبه العقاب (٣).

يجاب : نعم ، نسلم بأن ما ذكر من كون الذم إنما هو لمن كان الإخلاف سجيته ، إلا أن ذم السجية يدل على ذم أصل الفعل ، ففي الحديث أيضاً ذم من كان سجيته الكذب في الحديث والخيانة في الأمانة ، وهما محرمان ، لأن الذم يدل على النهي عن أصل الفعل ، فكذلك القول في إخلاف الوعد .

الثاني : أن الحديث ليس على ظاهره بدليل أن من وعد بمحرم فلا يحل له الوفاء به ، كمن وعد بزنا ونحو ذلك ، فليس كل من أخلف فهو عاص ، وعليه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ـــ كتاب الوحي ـــ باب علامة المنافق (٢٧/١) ، ومسلم في صحيحه ـ كتاب الإيمان ـ باب بيان خصال المنافق (٧٨/١)، وأبو داود في سننه ـــ كتاب السنة ـ باب الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه (٦٤/٥) ، والترمذي في سننه ـ كتاب الإيمان ـ باب ما جاء في علامة المنافق (٢٩٠/٧)، والنسائي في سننه ـ كتاب الإيمان ـــ باب علامة المنافق (١١٦/٨).

(٢) انظر : الفروق ٢٠/٤ .

(٣) انظر : الفروق ٢٥/٤ .

فلا يجب الوفاء بالوعد إلا على من وعد بواجب عليه فقط ، كإنصاف من دين وأداء حق [١].

يجاب : بأن الحديث مطلق ، فيتناول كل وعد إلا ما قام الدليل على إخراجه منه ، ولا دليل يخرج ـ ما عدا المنهى عنه ـ من وجوب الوفاء به ، فظاهر الحديث ذم إخلاف الوعد من حيث هو وعد أياً كان الموعود به ، أما أداء الواجبات فهو فرض بالنص الدال على وجوبها لا بالوعد ، وتاركها مذموم حتى لو لم يعد بأدائها ، أما أن الحديث ليس على إطلاقه ، لأن من وعد بمحرم لم يجز له أن يفي به ، فذلك لأن الموعود به محرم ، وليس لأن الوعد لا يجب الوفاء به .

الثالث : أن الحديث محمول على الذي قارنه عزم على عدم الوفاء ، فذلك هو المذموم ، أما إن كان عازماً على الوفاء ثم عرض له مانع أو بدا له رأي، فهذا لم توجد فيه صفة النفاق [٢].

الرابع : أن الحديث ورد في رجل بعينه ، وليس عاماً في كل من اتصف بهذه الصفات أو بعضها [٣].

يجاب : بأن هذا القول مبني على أحاديث ضعيفة [٤]، ثم على القول بصحته ، فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، فالخطاب في هذا الحديث عام لم يخص أحداً دون آخر .

---

(١) انظر : المحلى ٢٩/٨ .

(٢) انظر : عمدة القاري ٢٥٣/١ .

(٣) انظر : شرح النووي ٧٤/٤ . فتح الباري ٩١/١.

(٤) انظر : فتح الباري ٩١/١.

الدليل الرابع :

قوله ﷺ : " لا تمار أخاك ولا تمازحه ولا تعده موعداً فتخلفه "(١).

وجه الدلالة :

دل الحديث على النهي عن أن يعد الرجل أخاه موعداً ثم يخلفه ، وهذا يدل على أن الوفاء بالوعد واجب (٢).

الدليل الخامس :

ما روي عن عبد الله بن عامر أنه قال : دعتني أمي يوماً ورسول الله قاعد في بيتنا ، فقالت : ها تعال أعطك، فقال لها رسول الله: وما أردت أن تعطيه ؟ قالت: أعطيه تمراً.فقال لها رسول الله ﷺ أما إنك لو لم تعطه شيئاً كتبت عليك كذبة "(٣).

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ عد إخلاف الوعد كذباً ، والكذب محرم بدلالة الكتاب والسنة والإجماع ، فدل ذلك على أن الوفاء بالوعد واجب وإخلافه محرم (٤).

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه ـــ كتاب البر والصلة ـــ باب ما جاء في المراء (٢٩٥/٤). وقال الترمذي : وهذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه . وقال العراقي في تخريج أحاديث إحياء علوم الدين (١١٢٨/٣): رواه الترمذي وقال : غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وقد ضعفه الجمهور . وقال الحافظ في البلوغ (٤٨٦): أخرجه الترمذي بسند فيه ضعف ، وقال العجلوني في كشف الخفاء (٤٨٣/٢): رواه الترمذي بسند ضعيف".

(٢) انظر : تحفة الأحوذي ١٣١/٦.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب الأدب ـ باب التشديد في الكذب (٢٦٥/٥).

(٤) انظر : الفروق ٢٠/٤.

نوقش : بأنه ضعيف ، لأن فيه راوياً متهماً لم يسم ، وهو مولى عبد الله بن عامر [١].

يجاب : بأن الحديث وإن كان ضعيفاً إلا أن له شاهداً يتقوى به من حديث أبي هريرة، وهو بلفظ: من قال لصبي تعال هاك، ثم لم يعطه شيئاً ، فهي كذبة"[٢].

الدليل السادس :

قوله ﷺ : " وأي المؤمن واجب "[٣][٤].

وجه الدلالة :

أخبر النبي ﷺ أن وأي المؤمن (وعده) واجب ، فدل ذلك على وجوبه وحرمة إخلافه [٥].

نوقش : بأن الحديث ضعيف ، فلا يصلح الاحتجاج به [٦].

---

(١) قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٢/٤٨٥) : وفي اسناده من لا يعرف . وقال الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٩/٢٥٣): قال العراقي : رواه أبو داود وفيه من لم يسم " وقال المنذري في مختصر سنن أبي داود (٧/٢٨١) ، إنه مجهول ".

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٢/٤٥٢ ، وابن أبي الدنيا في الصمت ٥١٢ .
قال المنذري في الترغيب والترهيب (٣/٥٩٨) : أخرجه أحمد وابن أبي الدنيا من طريق ابن شهاب عن أبي هريرة مرفوعاً ، وهو منقطع بين ابن شهاب وأبي هريرة ، فإنه لم يسمع منه وقال في إتحاف السادة المتقين (٩/٢٥٣) ": له شاهد من حديث أبي هريرة وابن مسعود ورجالهما ثقات إلا أن الزهري لم يسمع من أبي هريرة " . فالحديث يصلح أن يكون شاهداً لأن ضعفه ليس بشديد .

(٣) الوأي في اللغة : الوعد ، وقد وای وأيا : وعد.
انظر : لسان العرب مادة (وأى) (٧/٤٧٥٠).

(٤) أخرجه أبو داود في مراسيله (٣٥٢ ـ ٣٥٣).

(٥) انظر : المراسيل لأبي داود ص ٣٥٣ .

(٦) ضعفه ابن حزم في المحلى بهشام بن سعد ، المحلى ٨/٢٩ . وانظر : ضعيف الجامع للألباني (٦/٤٦).

الدليل السابع :

قوله ﷺ : ولا تعد أخاك وعداً فتخلفه ، فإن ذلك يورث بينك وبينه العداوة "[١]

وجه الدلالة :

بين النبي ﷺ أن سبب التحريم في إخلاف الوعد هو أنه يورث العداوة ، ومعلوم أن ما كان وسيلة للمحرم فهو محرم ، فدل ذلك على تحريم إخلاف الوعد، ووجوب الوفاء به [٢].

نوقش : بأن الحديث ضعيف لعلتين : الأولى : أنه مرسل ، والثانية : أن في إسناده إسماعيل بن عياش وهو ضعيف في حديثه عن غير الشاميين [٣].

الدليل الثامن :

قوله ﷺ : " والعدة دين" [٤]، وقوله : " الوأي مثل الدين أو أفضل" [٥].

وجه الدلالة :

أنه جعل الوعد ديناً من حيث اللزوم ووجوب الوفاء به ، فدل ذلك على وجوبه وحرمة إخلافه .

نوقش من وجهين :

الأول : أن ما في الحديثين ليس على ظاهره ، فإن الإجماع منعقد على أن من وعد رجلاً بماله أنه إذا أفلس الواعد لم يضرب للموعود له مع الغرماء[٦].

---

(١) رواه ابن حزم في المحلى (٢٩/٨).

(٢) انظر : المحلى ٢٩/٨ .

(٣) المصدر السابق . وانظر : تقريب التهذيب (١٤٢).

(٤) رواه الطبراني في الأوسط (١ ١٤٩ . ١٥٠).

(٥) رواه ابن أبي الدنيا ـ كتاب الصمت وآداب اللسان ـ باب الوفاء بالوعد (٤٧٨).

(٦) انظر : التمهيد ٢٠٧/٣.

الثاني : أن الحديثين ضعيفان ، فالأول لكونه مرسلاً ، والثاني لأن في سنده حمزة بن داود وهو ضعيف [١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن الوفاء بالوعد واجب ، ويلزم به قضاء ، بالأدلة السابقة في وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً .

ووجه ذلك : أنه إذا كان الوفاء بالوعد واجباً ، فإنه لابد من تنفيذه ، حتى لو أدى ذلك إلى اللجوء للقضاء ، إذ الأصل هو الإلزام بكل ما أوجبه الله ورسوله ، وأن ما يجب ديانة يمكن الإلزام به قضاء [٢].

يناقش هذا التوجيه من وجهين :

الأول : أن غاية تلك الأدلة أنها تدل على تحريم إخلاف الوعد ووجوب الوفاء به ، وهذا متعلق بالواعد ، أما القضاء بذلك والإلزام به فأمر متعلق بالموعود، وهو راجع إلى استحقاقه لما وعد به ، وذلك أمر خارج عن دلالة تلك الأدلة .

الثاني : أن الأصل أنه لا يقضى إلا بشيء قد ثبت أنه مستحق للمدعي ، واستحقاق الموعود لما وعد به غير ثابت . إذ الموعود لم يقبض ما وعد به فهو غير مالك له حتى يقضى له به ، فهو في معنى الهبة قبل قبضها ، وإذا كانت الهبة لا تملك قبل القبض فالوعد بها من باب أولى .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون باستحباب الوفاء بالوعد بما يلي :

---

(١) انظر : تخريج أحاديث إحياء علوم الدين للعراقي (١١٦٢/٣) ، مجمع الزوائد للهيثمي (١٠٦٦/٤)، جامع العلوم والحكم (٤٨٣/٢).

(٢) انظر : الوفاء بالوعد للقرضاوي ٨٥٧ .

الدليل الأول :

ما روي عن عطاء بن يسار أنه قال : قال رجل لرسول الله : أكذب لامرأتي ؟ فقال : لا خير في ذلك ، فقال يارسول الله أفأعدها وأقول لها ؟ فقال رسول الله : لا جناح عليك "[١].

وجه الدلالة :

دل الحديث على أمرين [٢]:

الأول : أن إخلاف الوعد لا يسمى كذباً، فقد جعل إخلاف الوعد قسيما للكذب ، مما يدل على جوازه .

الثاني : أن الوفاء بالوعد مندوب لنفي الحرج في إخلافه ، فقد منع السائل من الكذب ، وأباح له الوعد الذي لم يعزم على الوفاء به .

نوقش من وجهين :

الأول : أن الحديث لم يثبت ، فلا يحتج به [٣].

الثاني : لا يسلم بأن الإخلاف لا يسمى كذباً ، بل يسمى في اللغة كذباً ، كما ذكر ذلك غير واحد من أهل اللغة [٤].

---

(١) رواه مالك في الموطأ ـ كتاب الكلام ـ باب ما جاء في الصدق والكذب (٢/٩٨٩).

(٢) انظر : التمهيد ١٦/٢٤٧ . الفروق ٤/٢١ . ٢٢ .

(٣) قال الزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٩/٢٦٩)، رواه ابن عبد البر في التمهيد من رواية صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار مرسلاً ،.وهو في الموطأ عن صفوان بن سليم معضلاً من غير ذكر عطاء بن يسار ".

(٤) انظر : المفردات للراغب ص ٢٢٧ . والمصباح المنير مادة (خلف) ٢/٦٦٤ .

الثالث : أنه لا دلالة فيه على عدم وجوب الوفاء بالوعد ، بل فيه النهي عن الكذب ، والإذن بالوعد ، ومعلوم أن الوعد أمر مستقبلي قد يتيسر وقد لايتيسر[1].

الرابع : لا يسلم بأن الحديث يدل على الترخيص في عدم الوفاء بالوعد ، إذ إنه مندرج تحت إباحة الكذب فيما يصلح به المرء بينه وبين زوجه ، والعلاقة بين الزوجين يتجاوز فيها ما لا يتجاوز في غيرها ، ومن ذلك ترخيص الشارع الحكيم في الكذب لمصلحة الحياة الزوجية ، فيغتفر فيما بين الزوجين ما لا يغتفر لغيرهما لغرض شرعي صحيح ، فلا يقاس غيرها عليها [2].

الخامس: كون إخلاف الوعد ليس من الكذب لا يدل على أنه مباح .. فقد يكون محرماً وإن لم يكن كذبا [3].

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : " إذا وعد أحدكم أخاه ومن نيته أن يفي فلم يف فلا جناح عليه" [4].

وجه الدلالة :

أنه رخص في عدم الوفاء بالوعد بشرط أن يكون الواعد ناوياً الوفاء حين الوعد ، فدل ذلك على عدم وجوب الوفاء بالوعد ، إذ لو كان واجباً لترتب على

---

(١) انظر : المنتقى ٣١٣/٧ .

(٢) التمهيد ٢٤٨/٦ ، الوفاء بالوعد للقرضاوي ص ٨٥٣ .

(٣) إدرار الشروق ٢١/٤ .

(٤) رواه أبو داود ــ كتاب الأدب ــ باب في العده (٢٦٨/٥) والترمذي ــ كتاب الإيمان ــ باب علامة المنافق (٢٠/٥).

الإخلاف به إثم ، فلما لم يكن شيء من ذلك دل على أن الوفاء بالوعد مستحب لا واجب .

نوقش من وجهين :

الأول : أن هذا الحديث ضعيف ، لأنه اشتمل على مجهولين [١].

الثاني : على فرض صحته ، فإنه محمول على ما لو لم يتمكن من الوفاء لعذر، فالحديث لم يتعرض لمن وعد ونيته أن يفي ولم يف بغير عذر ، فلا دليل فيه على أن الوفاء بالوعد ليس بواجب [٢].

الدليل الثالث :

أن أهل العلم قد أجمعوا على أن الوفاء بالوعد مندوب إليه وليس بفرض[٣].

نوقش : أن دعوى الإجماع منقوضة بوجود المخالف ، فالخلاف في المسألة مشهور [٤].

الدليل الرابع :

القياس على الهبة لأنه في معناها . والهبة لا تلزم إلا بالقبض [٥].

---

(١) قال عنه الترمذي عقب إخراجه (٢٠/٥). " هذا حديث غريب وليس اسناده بالقوي . على بن عبد الأعلى ثقة، ولا يعرف ابو النعمان ولا أبو وقاص وهما مجهولان". قال الزبيدي في إتحاف السادة المتقين ٢٤٤/٩ : " قال الذهبي في المهذب : وفيه أبو النعمان يجهل كشيخه أبي وقاص". وقال الصدر المناوي في تخريج المصابيح · اشتمل على مجهولين " وقال ابن أبي حاتم أن الحديث مضطرب فيما نقله عنه ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٤٨٣/٢).

(٢) انظر " إدرار الشروق ٢٢/٤ . تحفة الأحوذي ٣٨٧/٧.

(٣) انظر : التمهيد ٢٠٧/٣ ، فتح الباري ٢٩٠/٥.

(٤) انظر : فتح الباري ٢٩٠/٥.

(٥) انظر : تفسير القرطبي ١١٦/١١ ، الاذكار ص ٣٦٦ .

يناقش : أنه قياس في مقابلة النصوص التى تدل على لزوم الوفاء بـالوعد ، ومثل هذا القياس يعتبر فاسد الاعتبـار ، ثـم إن العلمـاء مختلفـون في حكـم المقيـس عليه ، وهو لزوم الهبة بالقبض أو عدم لزومها .

الدليل الخامس:

القياس على الحلف ، فإنك لو حلفت أنك ستعطى فلاناً أو تمنعه ، ثـم بـدا لك أن لا تفعل فلا إثم عليك . وعليك الكفارة في مقابل الحنث في اليمين ، فإن لم تكن يمين فأولى [١].

يناقش : أنه قياس في مقابل النص ، فيكون فاسد الاعتبار . ثم إنه لا يسلم القول بعدم الإثم إذا حلف أنه سيعطىفلاناً إذا وعده به ، بل يجب عليه الوفاء به ، لاجتماع الوعد مع اليمين ، فهو آكد من الوعد وحده .

الدليل السادس :

أن الوعد إخبار بإنشاء معروف في المستقبل ، فـالوعد بهـذا الاعتبـار تـبرع محض ، والمتبرع لا يجب عليه إتمام تبرعه ، كماأن عقود التبرعـات كالهبـة والعاريـة لا تلزم قبل قبضها ، فيجوز للمتبرع الرجوع قبل إتمام تبرعه ، فإذا جـاز الرجـوع في الهبة قبل قبضها مع وجود الإيجاب والقبول الذي هو أقوى في الوعـد ، فجـواز الرجوع في الوعد المجرد أولى [٢].

يناقش: أن الخلاف ليس في وجوب إتمام التبرع ولزومه قبـل القبـض حتـى يحتج بما ذكر ، ولكن الخلاف في حكـم الوفـاء بـالوعد ،إذ ليسـت كـل التبرعـات ناشئة عن وعد ، فالتبرع الناشيء عن غير وعد يجوز للمتـبرع الرجـوع فيـه ، أمـا التبرع الناشيء عن وعد فهو محل خلاف . والقائلون بوجوب الوفاء بالوعد يـرون

---

(١) انظر : بيع المرابحة للأشقر ص ٨٢ .

(٢) انظر : التمهيد ٢٠٩/٣ ، المبدع ٣٤٥/٩.

وجوب إتمام التبرع ، لأن الوفاء بالوعد لا يتحقق إلا به ، فالموجب لذلك ليس كونه تبرعاً، وإنما الموجب له الوفاء بالوعد .

أدلة القول الرابع :

استدل القائلون بلزوم الوفاء بالوعد المعلق بشرط : بأنه قد تأكد العزم على الوفاء بالوعد في هذه الحالة ، فاكتسب الوعد قوة بذلك ، فصار ملزماً لصاحبه [١].

يناقش : بأن تخصيص اللزوم بهذه الحالة مخالف للنصوص السابقة الدالة على لزوم الوفاء بالوعد مطلقاً .

أدلة القول الخامس :

استدل القائلون بلزوم الوفاء بالوعد إذا تم على سبب ، ودخل الموعود نتيجة الوعد في شيء : أن الموعود ما كان ليدخل في السبب إلا بالوعد ، وذلك قد يسبب له إنفاق مال قد لا يتحمله ولا يقدر عليه ، فيلزم الواعد بتنفيذ وعده؛ رفعاً للضرر عن الموعود ، وإعمالاً لقوله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار" [٢]، فالواعد قد أدخل الموعود في ورطة بسبب الوعد فيكون المتسبب مسئولاً ، فيلزمه أن يرفع الضرر عنه ، وذلك بالوفاء بوعده له [٣].

يناقش : بأن هذا الاستدلال وجيه ، إلا أن الاقتصار على هذه الحالة في لزوم الوفاء بالوعد فيه نظر ، لمخالفته الأدلة النقلية المتوافرة التى تدل على لزوم الوفاء بالوعد مطلقاً .

---

(١) انظر : غمز عيون البصائر ٣/٢٣٧ ، المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/١٠٢٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه ـ كتاب الأحكام ـ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٣/١٠٦). وأحمد في المسند ٥/٣٢٦.

(٣) انظر : الفروق ٤/٢٥ ، أضواء البيان ٤/٣٠١ ، المدخل الفقهي العام (٢/١٠٣١).

الراجـــح :

اتضح لي من خلال هذا العرض أن القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً ديانـة هو القول الصحيح ، وذلك لظاهر الأدلة المتضافرة على الأمر بالوفاء بالوعد ، ولا صارف يصرف هذه الأدلة من التحريم إلى الكراهة .

وأما قضاء فالصحيح أنه إذا تم الوعد على سبب ، ودخـل الموعـود بسـبب ذلك الوعد في ورطة فإن الواعد يـلزم بوعـده قضـاء ، لأن في هـذا القـول إعمـالاً للقاعدة : " الضرر يزال ".

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسـلامي في دورة مؤتمـره الخامسـة ، وفيـه : الوعد (وهو الذي يصدر من الآمـر أو المأمور على وجـه الانفـراد) يكـون ملزمـاً للواعد ديانة إلا لعذر" ، وجاء فيه ـ أيضاً ـــ : " الوعـد .. مـلزم قضـاء إذا كـان معلقاً على سبب ، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد ، ويتحـدد أثـر الإلـزام في هذه الحالة : إما بتنفيذ الوعد . وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عـدم الوفاء بالوعد بلا عذر "[1].

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي . العدد الخامس (٢ ١٥٩٩).

المبحث الثاني

حكم الوفاء بالمواعدة في البيع [١]

ما تقدم من بحث لوجوب الوفاء بالوعد بالمعروف إنما كان توطئة لبيان حكم الإلزام بالمواعدة في البيع ، والتي من أبرز صورها التطبيقية ، الإلزام بالمواعدة في صورة ما يسمى بـ (بيع المرابحة للآمر بالشراء)، وبناء عليه فهل يصح الاتفاق على جعل المواعدة ملزمة للطرفين ، فيلزم كلاً من الواعد والموعود إتمام العقد الموعود به أم لا ؟

اختلف في الإلزام بالمواعدة في بيع المرابحة للآمر بالشراء على قولين :

القول الأول : لا يجوز اشتراط كون المواعدة ملزمة للطرفين ، وإن شرط فيكون بيع المرابحة للآمر بالشراء على أساس الوعد الملزم عقداً باطلاً .

وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي [٢]،وقال به الدكتور رفيق المصري[٣]، والدكتور حسن عبد ا لله الأمين [٤]، والدكتور عمر الأشقر [٥]،والشيخ

---

(١) المواعدة لغة : مفاعلة من الوعد والعدة ، ولا تكون إلا من طرفين ، فيكون معناه : أن يعد كل واحد صاحبه.

انظر : مقاييس اللغة (١٢٥/٦)، تاج العروس مادة (وعد) ٣٠٤/٩ ـ ٣٠٧.

واصطلاحاً : إخبار كل واحد من الطرفين صاحبه برغبته في إنشاء عقد في المستقبل .

انظر : مواهب الجليل ٤١٣/٣ ، الوفاء بالوعد لنزيه حماد ص ٨٣٠.

(٢) انظر : مجلة مجمع الفقة الإسلامي ، العدد الخامس ١٥٩٩.٢ ـ ١٦٠٠ .

(٣) انظر : كشف الغطاء عن بيع المرابحة للآمر بالشراء . نشر بمجلة المسلم المعاصر عدد ٣٢ ، ص ١٨٥ ، عام ١٤٠٢هـ.

(٤) انظر : الاستثمار اللاربوي في نطاق عقد المرابحة . نشر بمجلة المسلم المعاصر عدد ٣٥ عام ١٤٠٣هـ .

(٥) انظر : بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية ص ٧٢ .

عبد الرحمن عبد الخالق [١].

القول الثاني : يجوز اشتراط كون المواعدة ملزمة للطرفين ، ويقضي بها عند نكول الواعد عن إتمام العقد .

وبه صدر قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدبي ، والثاني المنعقد بالكويت [٢]، وقال به الدكتور يوسف القرضاوي [٣]، والدكتور عبدالحميد البعلي [٤]، والدكتور سامي حمود [٥].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بعدم جواز اشتراط كون المواعدة ملزمة للطرفين بمايلي:

الدليل الأول :

إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، فإذا تم الاتفاق على كون المواعدة ملزمة للطرفين فهذا يصير الوعد عقداً ، إذ الإلزام من أبرز خصائص العقد ، ويكون العقد التالي لذلك العقد صورياً لا أكثر ، وعليه فيجب إجراء أحكام العقود عليه [٦].فيكون ممنوعاً ومحرماً من وجوه :

الأول : أنه بيع لما لا يملكه الإنسان ، وهو غير جائز في غيرصورة السلم

---

(١) انظر : شرعية المعاملات التى تقوم بها البنوك الإسلامية المعاصرة ، نشر بمجلة الجامعة الإسلامية عدد (٥٩) ص ١٠٢.

(٢) انظر : مجلة البحوث عدد (٣٦) ص ١٥٩ .

(٣) انظر : بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية ص ٦٤ .

(٤) انظر : فقه المرابحة في التطبيق الاقتصادي المعاصر ص ٨٩ .

(٥) انظر : تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص ٤٧٩ .

(٦) انظر : الوفاء بالوعد لنزيه حماد ص ٨٣١ ، الوعد لابن منيع ص ١٥٩.

بلا خلاف بين العلماء [١]، وفي الحديث : " لا تبع ما ليس عندك "[٢].

الثاني : أن هذه المعاملة تتكون من بيعتين كل واحدة منهما مبنية على الأخرى ، وجاء النهي عن ذلك في السنة ، ففي الحديث : نهي عن بيعتين في بيعة"[٣]. أما البيعة الأولى فهي التى تكون بين العميل والمصرف ــ مثلاً ــ ، وأما الثانية فهي التي تكون بين المصرف والبائع الذي يملك السلعة التي طلبها العميل من المصرف ــ، وحصول الأولى متوقف على حصول الثانية ، فلو لم يستطع المصرف الحصول على السلعة المطلوبة لما حصل بينه وبين العميل بيع مرابحة ، وكذلك فإن الأولى سبب في الثانية إذ لولا طلب العميل للسلعة من المصرف لما قام المصرف بشرائها من البائع [٤].

الثالث : قوله ﷺ : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" [٥]، فالحديث أعطى المتبايعين الخيار ماداما في مجلس العقد ، والقول بالإلزام بالمواعدة يصادم ويعارض

---

(١) انظر : المغني ٦ ٢٩٦ . الإفصاح لابن هبيرة ١ ٣٦٩ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب الإجارة ـ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/٢٨١)، والنسائي كتاب البيوع ـ باب ما ليس عند البائع (٧/٣٣٤)، والترمذي في سنن ــ كتاب البيوع ـ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٣/٥٣٤) ، وابن ماجه في سننه ــ كتاب الإجارات ـ باب النهي عن بيع ما ليس عندك ، وعن ربح ما لم يضمن (٢/٧٣٧).

(٣) أخرجه النسائي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب بيعتين في بيعة (٧/٣٤١) . والترمذي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (٣/٥٣٣).

(٤) انظر : كشف الغطاء ص ١٨٥ . وشرعية المعاملات التي تقوم بها البنوك الإسلامية المعاصرة ص ١٠٢ .

(٥) أخرجه البخاري ـ كتاب البيوع ـ باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٢/٩٢). ومسلم ـ كتاب البيوع ـ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٣/١١٦٣).

هذا النص الصريح ، إذ كيف يكون للعميل والمصرف الخيار مادامـا التزمـا بـالبيع مسبقاً ؟[١].

الرابع : أنه من باب الحيلة على الإقراض بفائدة ، لأن العمل علـى أسـاس الإلزام بالوعد السابق يربـط الواعـد ويوثقـه ، ويعدمـه الرضـا حـال عقـد الشـراء اللاحق ، فيكون العقد صورياً ، ويخرج عن كونه تجارة عن تراض إلى كونـه قرضـاً بفائدة [٢].

وقد أشار إلى ذلك ابن عبد البر[٣] ، فقال ما نصه : معناه أنـه تحيـل في بيـع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة ..." [٤].

الخامس : أن هذا البيع إن لم يكن حرامـاً فهـو مـن الأمـور المشـتبه فيهـا ، وترك المشتبه فيه أمر مطلوب [٥].

نوقش هذا الدليـل الـذي استدل بـه أصحـاب هـذا القـول : بعـدم التسليم بأن المواعدة عقد إذ هي ليست بيعاً ولا شراء ولا تمليكاً ، وإنما هـي وعـد من العاقدين بإجراء ذلك عند تمام شروط صحة التعاقد بموجبها ، ولا تسري آثـار العقد ـ من حيث الدرك والقبض وخيارات العقد وغير ذلك ـ على أي أحـد مـن

---

(١) انظر : بيع المرابحة للآمر بالشراء للدكتور رفيق المصري في مجلة الأمة عدد ٦١ ص ٢٧ .

(٢) انظر : بيع المرابحة للأشقر ص ١٠٤ .

(٣) هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري ، كان فقيهاً حافظاً ، مكـثراً ، عالماً بالقراءات ، وبالخلاف في الفقه وبعلوم الحديث والرجال ، وكان في أول زمانه ظاهري المذهب ثـم صـار مالكيـاً مـع ميـل كثير إلى فقـه الشـافعي ، لـه مصنفـات عديـدة ، منهـا : التمهيـد ، والاستذكار ، والاستيعاب . توفي سنة ٤٦٣ هـ

انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٦٩/٦) . سير أعلام النبلاء (١٥٩/١٨) ، شـذرات الذهـب (٣١٤/٣).

(٤) الكافي ٣٢٥/١ .

(٥) انظر : بيع المرابحة للدكتور رفيق المصرى ص ٢٦ .

العاقدين إلا بعد وقوع العقد واستيفاء شروط صحته ، فالغرض من الوعد توثقة رغبة الواعد ، وغايته أنه يؤدى إلى إجراء العقد . وأما العقد فهو ما يتم بعد تملك السلعة والقدرة على تسليمها ، ويتضح ذلك بذكر شيء من الفروق بينهما ، منها: أنه يمكن تعديل الثمن أو شروط العقد المذكورة في الوعد عند إبرام العقد ، وأما الوعد فيذكر فيه إبداء الرغبة والثمن الإجمالى المتوقع للسلعة ، ومنها : أن الضمان بعد الوعد وقبل إجراء العقد على الموعود ، ولا يدخل في ضمان الواعد إلا بعد تمام العقد [١].

يجاب على هذه المناقشة : بأن ما ذكر من فروق بين العقد والإلزام بالمواعدة غير مؤثر فيما نحن بصدده ، ما دام كل واحد منهما ملزماً بإنشاء عقد البيع على الصورة التى تضمنها الوعد ، فتحول الوعد بذلك إلى عقد ، إذ الإلزام من خصائص العقود ، فلا يكون حينئذ هناك فرق بين أن يبيع الإنسان ما لا يملكه، أو أن يعد شخصاً وعداً لازما يبيعه ما لا يملكه .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بجواز اشتراط كون المواعدة ملزمة للطرفين بما يلي:

الدليل الأول:

إن القول بعدم الإلزام في المرابحة يعرض البنك الإسلامي والتاجر المسلم للمخاطر ، فإن كثيراً من العملاء سيتراجعون عن الوفاء بوعودهم في كثير من الأحوال لعدم التزامهم ولزوم شيء من الغرامة لهم في حال النكول ، فيضطر التاجر حينئذ لبيع البضائع في كثير من الأحيان بثمن بخس ، في حين أن قواعد الشرع الحكيم قد جاءت بمنع الإضرار بالآخرين ، وبرفع الضرر إن وقع كما في

---

(١) انظر : أسلوب المرابحة لأبي غدة ص ١٢٢٦ ، التفاصيل العملية لعقد المرابحة لعبد الحليم عمرو ص ١٣١٢.

حديث : "لا ضرر ولا ضرار" [١]، وفي الإلزام بالمواعدة منع من الإضرار بالطرفين كما أن في القول بعدم الإلزام إضراراً باحد الطرفين غالباً ، فقد يأتي المأمور بالسلعة على الوصف المرغوب بناء على طلب الآمر ، ثم يبدو للأخير النكول وعدم الرغبة فيها ، فيتركها ولا يأخذها ، ولا يجد المأمور الموعود ـ من يشتريها منه لكونها جاءت حسب مواصفات محددة ، وهذا ضرر محقق على الموعود جراء نكول الواعد عن وعده .

وكما أن الضرر يتصور في جانب الموعود فإنه يتصور أيضاً في جانب الواعد طالب الشراء ، كأن يلترم لجهة ثالثة بتوفير سلعة معينة اعتماداً على وعد المأمور بشراء سلعة ثم يبيعها عليه ، وبنكول المأمور عن إتمام العقد والوفاء بالوعد فسيلحق ضرر لطالب الشراء قد يتمثل في فرض غرامات مالية ، أو تشويه سمعته في السوق ونحو ذلك ، والسبيل إلى رفع الضرر عن كلا الطرفين هو بالإلزام بالمواعدة[٢].

يناقش : أنه لا خلاف في أن الضرر الواقع يرفع ، والمتوقع تفرض له الأمور الوقائية من وقوعه ، ولكن جعل الإلزام بالمواعدة طريقاً متعيناً لرفع الضرر غير مسلم به ؛ فإنه يمكن رفع الضرر المتوقع بطرق أخرى مشروعة ، كأن يشترط المأمور الخيار مدة تمكنه من إتمام العقد مع الواعد ، وإلا تمكن من إعادتها عند نكول الواعد . ثم إن المخاطرة من طبيعة العقود ، وسبيل التجارة التعرض للربح والخسارة ، ولا يكاد يوجد عقد خال من الخطر المتوقع .

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣٢٦/٥ . وابن ماجه في كتاب الاحكام ـ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ١٠٦/٣.

(٢) انظر : بيع المرابحة للآمر بالشراء للضرير/٤ ١١٠ ، ١١٠٧ ، ١١٠٨ .

الدليل الثاني:

إنه لا محظور في القول بالإلزام بالمواعدة ، ويدل لذلك ما يلي :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع﴾ [١]،فإن هذه الآية تدل بعمومها على حل جميع أنواع البيوع إلا ما خصص بآية أوحديث ، فلا يحرم من البيوع إلا ما حرمه الله ورسوله ، وبيع المرابحة ــ على هذا النحو ــ أحد أنواع البيع ، فيدخل في هذا العموم ، وهو الحل [٢].

نوقش : أن الحل هنا ليس على عمومه ، ذلك لأن للعقد شروطاً لابد من توافرها ليكون العقد صحيحاً جائزاً ، وهذا العقد تخلفت بعض شروطه مما جعلنا نحكم بعدم صحته [٣].

ثانياً : لما كانت هذه المسألة يتنازعها قولان ، أحدهما : الإباحة ، والآخر: الحظر ، وهما متكافئان من حيث قوة الدليل ، فالأخذ بما فيه التيسير هو الأفضل، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر [٤]﴾[٥]

يناقش : أن القول بأن القولين متكافئان غير صحيح ، لأن أدلة القول الأول أظهر كما تقدم . ثم إن الواجب عند الاختلاف الأخذ بما هو أرجح دليلاً كما هو مبين في علم أصول الفقه .

---

(١) سورة البقرة : آية (٢٧٥).

(٢) انظر : بيع المرابحة للقرضاوي ص ١٦ .

(٣) انظر : كشف الغطاء ، ص ١٨٦ .

(٤) سورة البقرة : آية (١٨٥) .

(٥) انظر : ببع المرابحة للقرضاوي ص ٢٢ ـ ٢٣ .

ثالثاً : القياس على عقد الاستصناع [1]، فإن فقهاء الحنفية اعتبروا الاستصناع عقداً صحيحاً برغم أنه بيع لمعدوم وقت العقد ، وذلك استحسانا لتعامل الناس به ، والمرابحة تشبه الاستصناع بأنها تقوم على البيع والمواعدة ، والبيع موصوف وليس موجوداً ، ويقابل الصانع في عقد الاستصناع المصرف في عقد المرابحة ، حيث إن كلا منهما مطالب بتلبية طلب المشتري بشيء موصوف غير موجود بناء على مواعدة بينهما [2].

يناقش : بأن هذا الاستدلال غير مسلم به ، لأن هناك فروقاً بين عقد الاستصناع وبين المرابحة للآمر بالشراء ، وهي :

أولاً : أن العلاقة في بيع المرابحة للآمر بالشراء علاقة ثلاثية بين العميل والمصرف والبائع الذي يملك السلعة المطلوبة للعميل ، وأما عقد الاستصناع فالعلاقة فيه ثنائية بين المشتري والبائع الذي سيقوم بصناعة السلعة المطلوبة .

ثانياً : أن السلعة المطلوبة للعميل في بيع المرابحة للآمر بالشراء موجودة ، ولكنها ليست في ملك المصرف بل في ملك البائع ، أما السلعة المطلوبة في عقد

---

(١) الاستصناع في اللغة . طلب الصنعة . قال ابن منظور : " اصطنع فلان خاتماً إذا سأل الرجل أن يصنع له خاتماً .. . واستصنع الشيء دعا إلى صنعه " . والصناعة هي حرفة الصانع، وعمله الصنعة، والفاعل صانع ..

انظر : لسان العرب مادة (صنع) (٢٠٨/٨ ـــ ٢٠٩) ، القاموس المحيط مادة (صنع) (٩٩١/٢) .

واصطلاحاً : عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل . وقيل : عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً .

انظر : المبسوط ١٣٨/١٢ ، مجلة الأحكام العدلية مادة (٣٣٨).

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢/٥ ، بيع المرابحة للدكتور توفيق المصري ص ٢٧ .

الاستصناع فإنها غير موجودة أصلا ، وسيقوم البائع ـ الصانع ـ بصناعتها بناء على طلب المشتري .

الدليل الثالث :

أن القول بالإلزام بالمواعدة فيه مصلحة ينبغي مراعاتها والقول بموجبها ، ففيه مصلحة العاقدين من جهة الاطمئنان إلى إتمام العقد ، وفيه مصلحة عامة من جهة استقرار المعاملات وضبطها . وتقليل النزاع والخلاف [١].

يناقش بعدم التسليم بانتفاء المحظور الشرعي في الإلزام بالمواعدة ، فتكون المصلحة فيه ملغاةً ، وذلك لأن الشارع قد نهى عن بيع ما ليس عند البائع والمواعدة الملزمة شبيهة بالعقد .

الدليل الرابع :

أنه إذا جاز الإلزام بالوعد بالمعروف والقضاء به إذا تم على سبب ودخل الموعود في السبب ، فلأن يلزم في المعاوضات أولى وأحرى . لأن الوعد بالمعروف أصله تبرع محض ، فإذا ترتب عليه التزام مالي بأن دخل الموعود في ورطة قضي بالوعد ، فكيف لا يلزم بالوعد ويقضي به إذا كان المعاملة كلها قائمة على أساس الالتزام والكلفة المالية كما في المواعدة بالمعاوضة التي أبرز صورها بيع المرابحة للآمر بالشراء [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن ثمة فرقاً بين الوعد بالمعروف والمواعدة بالمعاوضة ، فالوعد بالمعروف صادر من جهة الواعد ، بخلاف المواعدة فإنها صادرة من طرفين ،

---

(١) انظر : مناقشة بحوث الوفاء بالوعد ، سامي حمود ص ٩٤٩ .

(٢) انظر : الوفاء بالوعد للقرضاوي ٨٥٥ ـ ٨٥٦ . مناقشة بحوث الوفاء بالوعد للدكتور سامي حمود ص ٩٤٢.

فكانت بذلك بمنزلة العقد ، فهي إلى العقد أقرب من الوعد ، فيجب إجراء أحكام العقود عليها ، ومنه : أنه لا يصح بيع ما ليس عند البائع .

الثاني : أن الوعد الذي يلزم ويقضى به هو ما لا يترتب على الإلزام به محظور شرعي ، وفي الإلزام بالمواعدة في المعاوضة محظور من وجوه متعددة كما تقدم .

الدليل الخامس :

إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاء طبقاً لأحكام المذهب المالكي ، وهو ملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى ، كما أنه أخذ برأي ابن شبرمة[١] الذي يقول : إن كل وعد بالتزام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً يكون وعداً ملزماً قضاء وديانة [٢].

نوقش هذا الاستدلال من وجوه :

الأول: أن الاحتجاج بأنه ملزم للطرفين قضاء طبقاً لأحكام المذهب المالكي مردود . لأن المالكية ــ وهم القائلون بالإلزام بالوعد إذا كان على سبب ودخل الموعود في السبب ــ لم يقصدوا بذلك المواعدة بالمعاوضة ، وإنما الوعد عندهم هو الوعد بالمعروف ، فلا يحسن الاحتجاج بكلامهم في غير موضعه ، ولا ينبغي أن يفهم كلامهم على هذا العموم ــ بأنه يقضي بلزوم كل عقد وعد به الواعد ــ فلا تدخل المعاوضات أصلاً . وعقد المرابحة من جملة عقود المعاوضات

---

(١) هو عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي ، الإمام العلامة ، فقيه العراق ، قاضي الكوفة، كان من أئمة الفروع . وكان عفيفاً صادقاً عاقلاً خيراً شاعراً كريماً . توفي سنة (١٤٤)هـ .

انظر : سير أعلام النبلاء (٣٤٧/٦) ، شذرات الذهب (٢١٥/١).

(٢) هذا نص ما جاء في قرار المصرف الإسلامي الأول بدبي ، نقلاً عن مجلة البحوث عدد (٣٦) ص ١٥٩ .

التي يراد بها تحصيل المنفعة للواعد والموعود وليس المراد الإرفاق والمعروف من الواعد للموعود[١].

الثاني : أما الاحتجاج بأنه ملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى ـ غير المذهب المالكي ـ فمردود أيضاً ، وذلك من وجهين :

الأول : أن وجوب الوفاء بالوعد سبق أن ذكرنا الخلاف فيه .. فنسبة هذا القول للأئمة مجازفة علمية غير دقيقة ، ثم إن هذه المواعدة والإلزام بها يترتب عليه تصحيح حيلة الربا ديانة . ووجوب الوفاء بالوعد مقيد بعدم تضمنه إحلال الحرام [٢].

الثاني : الذي وقفت عليه من كلام المتقدمين في خصوص الوعد في بيع المرابحة يدل على عدم لزومه . فمن ذلك ما ذكره السرخسي[٣] في المبسوط حيث قال : وإن لم يرغب الآمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار فيدفع الضرر عنه بذلك "[٤]، وهذا صريح في أن الوعد بالمرابحة غير ملزم وإلا لما احتاج إلى هذه الحيلة .

ومنه ـ أيضاً ـ ما قاله الشافعي في الأم : " وإذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال : اشتر هذه وأربحك فيها كذا . فاشتراها الرجل ، فالشراء جائز ،

---

(١) انظر : تحرير الكلام للحطاب ١٥٣ ـ ١٥٤ . فتاوى عليش ١/٢٥٤ ، ٢٥٨ .

(٢) انظر : بيع المرابحة للأشقر ، ص ٨٦ .

(٣) هو أبو بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، كان إماماً علامة حجة متكلماً مناظراً أصولياً مجتهداً ، أملى كتابه المبسوط وهو محبوس في الجب . له مصنفات ، منها : المبسوط ، والأصول ، وشرح السير الكبير . اختلف في تاريخ وفاته ، فقيل سنة ٤٩٠هـ ، وقيل ٥٠٠ هـ.

انظر ترجمته في : الفوائد البهية (١٥٨) . الأعلام (٦/٢٠٨).

(٤) ٣٠/٢٣٨.

والذي قال أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه "[١]. وهذا صريح ــ أيضاً ــ في عدم اللزوم ، وذلك بإعطاء الواعد الخيار في إنجاز وعده والوفاء به بإتمام العقد وإجراء البيع .

الثالث : أن كلام ابن شبرمة الذي نقله ابن حزم غير محرر ولا مبين ، وابن شبرمة لم يكن له أتباع يحررون مذهبه حتى يقيدوا مطلق كلامه ويخصصوا عامه .. وعلى الأخذ بعمومه وإطلاقه فإن كلامه هذا يحمل على ما حمل عليه كلام القائلين بلزوم الوفاء بالوعد [٢].

الراجح :

بعد عرض أدلة كلا القولين ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، تبين لي رجحان القول الأول : الحاكم بعدم جواز اشتراط كون المواعدة ملزمة للطرفين، لأن هذا الاشتراط يصير المواعدة عقداً . والعقد لا يصح في هذه الصورة لعدم دخول المبيع في ملك المأمور . كما أن الإلزام يؤدي إلى إتمام العقد مع الإكراه ، فالإلزام بالوعد السابق يعدم العاقد الرضا عند الشراء اللاحق ، فيكون العقد صورياً ويخرجه عن كونه تجارة عن تراض إلى كونه قرضاً بفائدة ، وعليه ، فيكون لكل من العميل والبنك مطلق الحرية في إتمام البيع أو الإعراض عنه ليتحقق الرضا عند البيع ، ولا ضرر في ذلك على البنك لأنه يشتري وهو يعلم أن العميل ربما لم يرجع إليه ، فيكون قد دخل على بصيرة وعلم فيما قد يترتب على نكول الواعد وخلف وعده .

ورجح مجمع الفقه الإسلامي هذا القول . وذلك في دورته الخامسة ، وهذا نص قراره : المواعدة ــ وهي التي تصدر من طرفين ــ تجوز في بيع المرابحة بشرط

---

(١) ٣٩/٣ .

(٢) انظر : بيع المرابحة للأشقر ص ٧٨ ــ ٧٩ .

الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا يكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده "[١].

(١) انظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي . العدد الخامس (٢/١٥٩٩ ـ ١٦٠٠).

الفصل الثاني
الرجوع بسبب عدم ملكية المبيع

الفصل الثاني

الرجوع بسبب عدم ملكية المبيع

عقد البيع عقد مبني وقائم على شروط وأركان ، تتوقف صحته على وجودها وتوافرها ، ومن هذه الشروط : أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، فإذا باع رجل مال غيره بغير إذنه ـ وهو ما يسمى ببيع الفضولي ـ [1]، فهل يكون هذا البيع باطلاً ؟ لتخلف شرط صحته ، فلا تترتب عليه آثاره من انتقال الملكية ونحو ذلك ، أم أن البيع في هذه الحال يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك ؟ فإن أذن به نفذ ، وإن لم يأذن لم ينفذ ، بمعنى : أن المالك هل له أن يرجع بهذا البيع الذي لم يأذن فيه ؟ .

اختلف الفقهاء في صحة بيع الفضولي . ومدى استحقاق المالك الرجوع بماله على قولين :

القول الأول : إذا باع الفضولي مال غيره بلا إذن منه صح البيع وتوقف على إجازة المالك ، فإن أذن نفذ ولزم البيع ، وإن لم يأذن رده وبطل البيع .

وهو قول الحنفية [2] ، والمالكية [3] ، وقول الشافعي في القديم [4]،

---

(١) الفضولي في اللغة : الفاء والضاد واللام أصل صحيح يدل على زيادة في شيء ، والفضل : الزيادة . وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه ، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي .
انظر : معجم مقاييس اللغة مادة (فضل)(٥٠٨/٤) ، المصباح المنير مادة (فضل)(١٣١/٢).
واصطلاحاً : هو من يتصرف في حق غيره بلا إذن شرعي أو ولاية ، سواء كان هذا التصرف بيعاً أو شراء أو نكاحاً ، إلى غير ذلك من أنواع التصرف .
. انظر : حاشية الشلبي على تبين الحقائق ١٠٣/٤ ، التعريفات للجرجاني ٢١٥ .

(٢) انظر : المبسوط ١٥٣/١٣ ، بدائع الصنائع ٢١٩/٥ ، فتح القدير ٥٠/٧ .

(٣) انظر : الاشراف ٥٦١/٢ . بلغة السالك ٧/٢ ، مواهب الجليل ٧٤/٦ ـ ٧٨ .

(٤) انظر : المجموع ٢٦٢/٩ ، مغني المحتاج ٣٥١/٢ . نهاية المحتاج ٤٠٣/٣ .

ورواية عند الحنابلة [١].

جاء في الهداية : "ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ " [٢]، وجاء في الإشراف :" إذا باع ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع ووقف ذلك على إجازة المالك وكذلك الشراء " [٣]، وجاء في مغني المحتاج: " وفي القديم ، تصرفه المذكور موقوف على الإجازة ، إن أجاز مالكه أو وليه نفذ، وإلا فلا ينفذ "[٤]، وجاء في الإنصاف :" وعنه : يصح ، ويقف على إجازة المالك"[٥].

القول الثاني : إذا باع الفضولي مال غيره بغير إذنه كان باطلاً ، ولو أذن له المالك في ذلك البيع بعد وقوعه .

وهو قول الشافعي في الجديد[٦]، والمذهب عند الحنابلة[٧]، وقول الظاهرية[٨].

جاء في مغني المحتاج : "فبيع الفضولي وهو البائع مال غيره بغير إذنه ـ باطل"[٩]، وجاء في الإنصاف : فإذا باع ملك غيره بغير إذنه أواشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح ، وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب "[١٠]، وجاء في

---

(١) انظر : المغني ٢٩٦/٦ ، الفروع ٣٦/٤ ، الإنصاف ٢٨٣/٤ .

(٢) ٥٠/٧ .

(٣) ٥٦١/٢.

(٤) ٣٥١/٢.

(٥) ٢٨٣/٤ .

(٦) انظر : مغني المحتاج ٣٥١/٢ . نهاية المحتاج ٣ ٤٠٣ ، حاشيتي قليوبي وعميره ١٦٠/٢.

(٧) انظر : المغني ٢٩٦/٦ . الانصاف ٢٨٣،٤ . شرح منتهى الإرادات ٩/٢ .

(٨) انظر : المحلى ٣٥١/٧ .

(٩) ٣٥١/٢.

(١٠) ٢٨٣/٤.

المحلى: " ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال لـه في بيعه ، فإن وقع فسخ أبداً "[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بصحة بيع الفضولي موقوفاً على إجازة المالك بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى :﴿ وأحل الله البيع﴾ [٢]، وقوله :﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [٣]، وقوله : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾ [٤].

وجه الدلالة من هذه الآيات :

إن الله قد شرع البيع والشراء والتجارة مطلقاً من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة، وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء ، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أوبعده ، فيجب العمل بإطلاقها إلاما خص الدليل [٥].

الدليل الثاني :

قوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ [٦].

وجه الدلالة :

إن في الآية حثاً على التعاون على البر والتقوى ، وبيع المسلم لأخيه عون

---

(١) ٣٥١/٧ .

(٢) سورة البقرة : آية (٢٧٥).

(٣) سورة النساء : آية (٢٩).

(٤) سورة الجمعة : آية (١٧).

(٥) انظر : المبسوط ١٥٣/١٣ . البناية ٥٨٦/٦ .

(٦) سورة المائدة : آية(٢).

له في البر ، إذ يكفيه عنت البيع وطلب المشتري .. [١].

نوقش: بأن تصرف الفضولي في ملك غيره ليس من البر والتقوى ، بل هو من الإثم والعدوان ، لتعديه على مال أخيه المسلم [٢].

يجاب على ذلك : بأن فعل الفضولي لا يوصف بالتعدي إلا إذا قيل بنفاذ بيعه ، ولكن مع وقف التنفيذ إلى إذن المالك لا يوجد أى نوع من العدوان ، فلا يتضرر صاحب السلعة بتصرف الفضولي ، لأن الأمر بيده ، فإذا لم يرد البيع لم يجزه ، وإن أراده فقد حصل على بيع سلعته دون عناء وبحث عمن يشتريها .

الدليل الثالث :

ما روي عن حكيم بن حزام : " أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية ، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين ، فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ ، فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته"[٣].

وجه الدلالة :

إن النبي ﷺ لم يأمر حكيماً ببيع الشاة الأولى ، كما أنه لم يأمره بشراء الشاة الثانية ، ومع ذلك أقره على تصرفه ودعا له بالبركة ، وهذا دليل على أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على الإجازة ، إذ لو لم يكن صحيحاً لأنكر عليه النبي ﷺ بيعه وشراءه ولأمره بالرد ، فلما لم يكن شيء من ذلك دل على أن البيع

---

(١) انظر : الفروق ٢٤٣/٣ ، المجموع ٢٦٢/٩ .

(٢) انظر : المجموع ٢٦٢/٩ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع والإجارات ـ باب في المضارب يخالف (٦٧٩/٣)، والترمذي في سننه ـ كتاب البيوع (٥٥٨/٣)، والدارقطني في سننه ـ كتاب البيوع ـ (٩/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب القراض ـ باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه . ومن اتجر في مال غيره بغير امره (١١٢/٦ ـ ١١٣).

صحيح موقوف على إجازة المالك [١].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث ضعيف ، إذ في رواية أبي داود شيخ من أهل المدينة مجهول ، لا يدري من هو ؛ وذلك في قوله : " عن شيخ من أهل المدينة" ، وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به حجة ، وأما رواية الترمذي فإن فيها انقطاعاً ، إذ إن حبيب بن أبي ثابت لم يسمع من حكيم [٢].

الثاني : مع التسليم بصحته فإنه محمول على أن حكيماً كان وكيلاً مطلقاً، لأنه باع الشاة وسلمها بعد أن اشتراها ، ثم اشترى الثانية ، ولا يكون التسليم إلا من المالك أو وكيله بالاتفاق [٣].

أجيب عن هذا: بأنه اعتراض غير مسلم به،إذ ليس في الحديث ما يدل أو يشير إلى أن حكيماً كان وكيلا مطلقا ، أما كونه سلم وتسلم فهذا لا يدل على الوكالة المطلقة ، فإن الفضولي يفعل ذلك وهو ليس بوكيل ، وهذا هو محل النزاع، فالحديث لم يأت فيه ذكر للوكالة المطلقة ، وإلا فلو كان دليلاً لذكره الراوون لهذا الحديث [٤].

الدليل الرابع :

ما روي عن عروة البارقي أنه قال : " دفع إلي رسول الله ديناراً لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ، فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ ، فذكر له ما كان من أمره ، فقال له : بارك الله لك في صفقة يمينك" ،

---

(١) انظر : المبسوط ١٥٣/١٣ . الإشراف ٥٦١/٢ ، المجموع ٢٦٢/٩ .

(٢) انظر : عون المعبود ٢٤٢/٩ . تحفة الأحوذي ٢٤٩/٢ ، ٢٥٠ .

(٣) انظر : المجموع ٢٦٣/٩ ، المبدع ١٠٦/٤.

(٤) انظر : المبسوط ١٥٤/١٣.

فكان يخرج بعد ذلك إلى كُنَاسة [١] الكوفة فيربح الربح العظيم ، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً [٢].

وجه الدلالة :

إن عروة اشترى الشاة الثانية وباعها بغير إذن مالكها وهو رسول الله ﷺ ، ومع هذا فقد دعا له رسول الله ﷺ بالبركة ، وهذا يدل على رضاه وإجازته لفعل عروة ، فيدل على أن بيع الفضولي صحيح موقوف على إجازة المالك [٣].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث ضعيف ، وضعفه من وجهين : أحدهما : أن شبيب بن غرقدة راوي الحديث عن عروة لم يسمعه من عروة ، وإنما سمعه من الحي عنه ، والحي مجهول ، وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به حجة . والثاني : أن في أحد طرق الحديث سعيد بن زيد ، وهو مختلف فيه [٤].

---

(١) الكناسة بالضم : ملقى القمامة ، وهي محلة بالكوفة وقع عندها حرب بين يوسف بن عمر الثقفي عامل هشام بن عبد الملك وزيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب .
انظر : معجم ما استعجم ١١٣٦/٢ ، معجم البلدان ٥٤٦/٤ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب المناقب ـ باب حدثني محمد بن المثنى .. (١٨٧/٤)، وأبو داود في سننه ـ كتاب البيوع والإجارات ـ باب في المضارب يخالف (٦٧٧/٣ ـ ٦٧٩) ، والترمذي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب (٣٤) (٥٥٩/٣) ، وابن ماجه في سننه ـ كتاب الأحكام ـ باب الأمين يتجر فيه فيربح(٥٥/٢)، والدارقطني في سننه ـ كتاب البيوع ١٠/٣) والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب القراض ـ باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه ... (١١١/٦ ـ ١١٢).

(٣) انظر : فتح القدير ٥٠/٧ ، الإشراف ٥٦١/٢ ، المبدع ١٦/٤ .

(٤) انظر : معالم السنن ٦٧٨/٣ ، الجوهر النقي ١١٢/٦ ، فتح الباري ٧٣٤/٦ ، التلخيص الحبير ٥/٣.

يجاب على هذه المناقشة : بأن جهالة الحي الذي روى عنهم شبيب بن غرقدة لا يلزم منه الجهالة في السند المفضية إلى عدم صحة الحديث ، بل إن ذكره للحي يشعر بأنه لم يسمعه من رجل واحد فقط ، بل سمعه من رجال متعددين يمنع في العادة تواطؤهم على الكذب ، فدل ذلك على أن ما توهم أنه علة في الحديث ليس كذلك . قال الحافظ ابن حجر[١] في فتح الباري : " أما قول الخطابي[٢] والبيهقي[٣] وغيرهما أنه غير متصل . لأن الحي لم يسم أحد منهم ، فهو على طريقة بعض أهل الحديث يسمون ما في إسناده مبهم مرسلاً ومنقطعاً ، والتحقيق إذا وقع التصريح بالسماع أنه متصل وإن كان في إسناده مبهم ، إذ لا فرق فيما يتعلق بالاتصال والانقطاع بين رواية المجهول والمعروف ، فالمبهم نظير المجهول في ذلك ، ومع ذلك فلا يقال في إسناد صرح كل من فيه بالسماع من شيخه أنه منقطع وإن كانوا أو بعضهم غير معروف "[٤].

---

(١) هو أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن أحمد الشهاب الكناني العسقلاني الشافعي المعروف بابن حجر . وهو لقب لبعض آبائه ، ولد بمصر ونشأ فيها يتيماً . فحفظ القرآن وهو ابن تسع . شهد له بالحفظ والإتقان القريب والبعيد حتى صار اطلاق لفظ الحافظ عليه إجماعاً ، له مصنفات عديدة . من أشهرها : فتح الباري . توفي سنة ٨٥٢ هـ .انظر ترجمته في : شذرات الذهب (٢٧٠/٧) . البدر الطالع (٨٧/١).

(٢) هو أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم البستي . من أهل كابل ، من نسل زيد بن الخطاب . فقيه محدث . قال فيه السمعاني : إمام من أئمة السنة ، له مؤلفات عديدة ، منها : معالم السنن، وغريب الحديث ، وشرح البخاري . توفي سنة ٣٨٨ هـ . انظر ترجمته : طبقات الشافعية ٢١٨/٢ ، الأعلام ٣٠٤/٢ .

(٣) هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله البيهقي ، نسبة إلى بيهق ، وهي قرى مجتمعة بنواحي نيسابور ، فقيه شافعي حافظ كبير . غلب عليه الحديث واشتهر به . له مؤلفات كثيرة . منها : السنن الكبير . والسنن الصغير. توفي سنة ٤٥٨هـ . انظر ترجمته : طبقات الشافعية ١٩٨/١ ، وفيات الأعياد ١ ٧٥ .

(٤) ٧٣٤/٦ .

أما الوجه الثاني من المناقشة : وهو القول بأن سعيد بن زيد ضعيف فغير مسلم ، بل هو ثقة ، قال عنه البخاري[1] : إنه صدوق حافظ [2].

وقال ابن معين[3]: ثقة [4]. كما وثقه غير واحد من الأئمة كأحمد والدارمي[5] وابن عدي [6] وغيرهم [7].

---

(١) هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفري ، المحدث ، الفقيه الحافظ ، المؤرخ، من تصانيفه : الجامع الصحيح ، والتاريخ الكبير ، والأدب المفرد ، توفي سنة ٢٥٦هـ . انظر ترجمته في . سير أعلام النبلاء (٣٩١/١٢)، وفيات الأعيان (١٦٨/٤)، تهذيب التهذيب (٢٧/٩).

(٢) انظر : التاريخ الكبير للبخاري ٤٧٢/٣.

(٣) هو أبو زكريا يحى بن معين بن عون بن زياد المري بالولاء البغدادي ، أحد أئمة الحديث ومؤرخي رجاله ، نعته الذهبي بسيد الحفاظ ، وقال ابن حجر : إمام الجرح والتعديل . من تصانيفه : التاريخ والعلل ، ومعرفة الرجال . توفي سنة ٢٣٣هـ . انظر ترجمته : تذكرة الحفاظ ١٦/٢، المنهج الأحمد (٩٣/١).

(٤) انظر : الكامل لابن عدي ٣ ١٢١٥.

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد التميمي الدارمي السمرقندي ، محدث حافظ مفسر فقيه ، طوف الأقاليم وحدث ، ومن تصانيفه السنن والثلاثيات وكلاهما في الحديث ، توفي سنة ٢٥٥هـ. انظر ترجمته في : العبر في خبر من غبر (٢٣/١١) ، الأعلام (٢٣١/٤).

(٦) هو أبو أحمد عبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد بن المبارك الجرجاني المعروف بابن القطان ، علامة بالحديث ورجاله ، أخذ عن أكثر من ألف شيخ واشتهر بين علماء الحديث بابن عدي . له مصنفات كثيرة، منها : الكامل في معرفة ضعفاء الحديث ، علل الحديث . توفي سنة ٣٦٥هـ. انظر ترجمته في : تذكرة الحفاظ (١٤٣/٣)، شذرات الذهب (٥١/٣)، الأعلام (٢٣٩/٤).

(٧) انظر : العلل للإمام أحمد ٥٢٤/٢ ، تهذيب التهذيب ٣٢/٤ .

ولو سلمنا أن سعيد بن ريد ضعيف . فقد تابعه على رواية هذا الحديث هارون بن موسى كما عند الترمذي[(١) (٢)].

الثاني : أن هذا التوجيه للحديث غير مسلم به من وجهين :

الأول : أنه يحتمل أن يكون عروة وكيلاً مطلقاً ، بدليل أنه باع الشاة وسلمها واشترى غيرها ، وذلك لا يكون إلا من مالك أو وكيل [(٣)].

أجيب : بعدم التسليم به ، فهو تأويل يترك الحقيقة ويعمل بالاحتمال ، فما ذكر في هذا الاعتراض إنما هو محض الزعم لا يمكن إثباته إلا بنقل . وليس في الحديث ما يدل على ذلك ولو بطريق الإشارة ، وغاية ما هنالك أنه أمر عروة أن يشتري له شاة ، وذلك لا يدل على توكيله توكيلاً مطلقاً [(٤)].

الثاني : أنه أمر عروة بأن يشتري له شاة فاشترى له شاتين ، فصار الشراء لعروة بلا شك ، لأنه إنما اشترى كما أراد لا كما أمره النبي ﷺ ، ثم إن أخذه لدينار النبي ﷺ إما أن يكون مقترضاً ليرده إليه ، وإما متعدياً ، فصار الدينار في ذمته بلا شك ، وهذا هو ظاهر الخبر [(٥)].

يجاب على هذا : بأن القول بأنه إنما اشترى لنفسه بعيد كل البعد عن ظاهر الخبر ، فهو مخالف لظاهره ، فالنبي ﷺ أعطاه الدينار ليشتري له بدليل

---

(١) هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الضرير البوغي الترمذي. الحافظ المشهور . أحد الأئمة الذين يقتدى بهم في علم الحديث ، من تصانيفه : الجامع الصحيح. توفي سنة ٢٧٩هـ . انظر في ترجمته : وفيات الأعيان (٢٧٨/٤)، سير أعلام النبلاء (٢٧٠/١٣) ، شذرات الذهب (١٧٤/٢).

(٢) انظر : تحفة الأحوذي ٢٤٩/٢.

(٣) انظر : المجموع ٢٦٣/٩ ، كشاف القناع ١٨١/٣ .

(٤) انظر : عمدة القاري ٥٨٢/٧.

(٥) انظر : المجموع ٢٦٣/٩ ، المحلى ٣٥٥/٧

قوله:" أعطاني ديناراً لأشتري به أضحية .. ، وقد اشترى له شاتين ، فباع إحداهما وأقره على ذلك .

الدليل الخامس :

ما روي عن ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار، وجاء فيه : " وقال الآخر: اللهم إني كنت استأجرت أجيراً بفرق أرز ، فلما قضى عمله قال : اعطني حقي ، فعرضت عليه فرقه فرغب عنه . فلم أزل أزرعه حتى جمعت منه بقراً ورعاءها، فجاء لي وقال : اتق الله ولا تظلمني حقي ، قلت : اذهب إلى تلك البقر ورعائها فخذها ، فقال : اتق الله، ولا تستهزيء بي ، فقلت : إني لا أستهزيء بك، خذ ذلك البقر ورعاءها فأخذه فذهب به ، فإن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فأفرج لنا ما بقي . ففرج الله ما بقي "[1].

وجه الدلالة :

أن الحديث فيه أن الرجل تصرف بمال الأجير بغير إذنه ، فدل ذلك على صحة التجارة بيعاً وشراء من غير إذن المالك ، لأن النبي ﷺ ذكر هذه القصة في معرض الثناء والمدح ، ولو كان فعله غير صحيح لبينه ، إذ تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز [2].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول:أن ما ذكر لا يعدو أن يكون من شرع من قبلنا،وفي كونه شرعاً لنا خلاف مشهور بين الأصوليين.لذا لايصلح أن يكون دليلاً في المسألةالمتنازع فيها[3]

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب إذا اشترى لغيره بغير إذنه فرضي (٣٧/٣، ٣٨)، ومسلم في صحيحه ـ كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ـ باب قصة أصحاب الغار الثلاثة ، والتوسل بصالح أعمالهم (٢٠٩٩/٤).

(٢) انظر : المحلى ٣٥٣/٧ ، فتح الباري ٤٠٩/٤.

(٣) انظر : المجموع ٢٦٣/٩ ، المحلى ٣٥٣/٧ .

أجيب : بأنه وإن كان من شرع من قبلنا إلا أنه قد جاء في شرعنا ما يدل على أنه شرع لنا ، لأن النبي ﷺ ساقه مساق المدح والثناء على فاعله ، وأقره على ذلك ، بل جاء الحث على الاقتداء بهم صريحاً في رواية أبي داود[1] ، من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله "[2].[3]

الثاني : لو سلمنا بأنه شرع لنا ، فإنه يظهر من الحديث أن الرجل الأجير لم يملك الفرق،لأن المستأجر لم يستأجره بفرق معين ، وإنما استأجره بفرق في الذمة، فلما عرض عليه قبضه امتنع لرداءته ، فلم يدخل في ملكه ، بل بقي حقاً متعلقاً في الذمة . لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، فالنتاج الذي حصل على ملك المستأجر تبرع به للأجير لتراضيهما ، وغاية ذلك أنه أحسن القضاء ، ولو كان الفرق تعين للأجير لكان تصرف المستأجر فيه تعدياً،ولا يتوسل إلىا الله بالتعدي [4].

أجيب عن هذا من ثلاثة أوجه [5]:

الأول : القول بأنه قد استأجر بفرق في الذمة غير مسلم ، إذ لا دليل ، بل كان الأجر معلوماً ولم يكن شيئاً في الذمة ، بدليل ما جاء في بعض الروايات :

---

(١) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عمران الأزدي السجستاني، أحد حفاظ الحديث . جمع كتابه السنن وعرضه على الإمام أحمد بن حنبل فاستجازه وحسنه ، توفي سنة ٢٧٥هـ .

انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٤٠٤/٢)، سير أعلام النبلاء (٢٠٣/١٣)، طبقات الحنابلة (١٥٩/١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع والإجارات ـ باب في الرجل يتجر في مال الرجل بغير إذنه (٦٧٩/٣ ـ ٦٨٠).

(٣) انظر : معالم السنن ٥٢/٥ . فتح الباري ٤٠٨/٤.

(٤) انظر : المجموع ٢٦٣/٩ ، المحلى ٣٥٣.٧.

(٥) انظر : عمدة القاري ١٧١/١٢ ، فتح الباري ٥٠٧/٦.

"فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته " [١]، ففي هذا دليل على تعين حقه .

الثاني : القول بأنه لم يدخل في ملكه مردود بما رواه أبو داود ، وفيه : "فأبى أن يأخذه ، وذهب، وتركني، فتحرجت منه ، وثمرته له وأصلحته " [٢]، ففيه إشارة إلى أن المال قد تعين ، بدليل تحرجه من وجوده عنده ، وبقوله أيضاً : فثمرته له .

الثالث : القول بأن الفرق لو تعين للأجير لكان تصرف المستأجر فيه تعدياً غير مسلم ، وذلك لأن صاحب الحق لما ترك قبض حقه، ووضع المستأجر يده مرة أخرى على الفرق كان وضعا مستأنفاً على ملك الغير . ثم إن تصرفه إصلاح لا تضييع فاغتفر ذلك ولم يعد تعدياً ، فلم يمنع التوسل بذلك مع أن جل قصده خلاصه من المعصية ، ومع هذا لو هلك الفرق لكان ضامناً له لعدم الإذن له في زراعته .

الدليل السادس :

قياس بيع الفضولي على الوصية بأكثر من الثلث ، لأن كلا منهما قد تصرف فيما لا ولاية له فيه ، فتوقف على الإجازة ، فكما جازت الوصية بأكثر من الثلث موقوفة على إجازة الورثة ، فكذلك بيع الفضولي موقوف على إجازة من له الحق في ذلك [٣].

نوقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الوصية تحتمل الغرر، وتصح بالمجهول بخلاف البيع [٤].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي (٣٧/٣ ، ٣٨).

(٢) سنن أبي داود ـ كتاب البيوع ـ باب في الرجل يتجر في مال الرجل بغير إذنه (٢٥٤/٣).

(٣) انظر : المبسوط ١٥٤/١٣ ، الاشراف ٧٦١/٢ ، المبدع ١٦/٤ .

(٤) انظر : المجموع ٢٦٣/٩ .

يجاب على ذلك : بأن المناط في توقف الوصية بأكثر من الثلث على إجازة الورثة ليس لكون الوصية تحتمل الغرر وتصح بالمعدوم والمجهول ، وإنما المناط في ذلك هو كون الموصي يتصرف فيما لا ولاية له فيه ، وهذه العلة موجودة في بيع الفضولي .

الدليل السابع :

قياس بيع الفضولي على البيع بشرط الخيار ، بجامع أن كلا منهما عقد يتوقف على الإجازة ، فكما أن البيع بشرط الخيار يصح بالاتفاق ، فكذلك بيع الفضولي [١].

نوقش:بأن البيع بشرط الخيار منعقد في الحال،وهو محتمل الفسخ والإمضاء في هذه المدة ، وإذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع ، بخلاف بيع الفضولي[٢].

الدليل الثامن :

إن تصرف الفضولي تصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ، فلا يلغو كما لو حصل من المالك ، وإنما امتنع نفوذه لوجود مانع وهو عدم الرضا من المالك ، وبالإجازة يزول هذا المانع [٣].

نوقش هذا الاستدلال :

بأن اعتبار التصرف شرعياً لحكمه لا لعينه ، والمراد بالأسباب الشرعية أحكامها ، واشتراط الملك في المحل لأجل الحكم ، فالتمليك لا يتحقق إلا من المالك ، فإذا لم يكن المتصرف مالكاً لغى تصرفه لانعدام حكمه [٤].

---

(١) انظر : المجموع ٢٦٣/٩ ، الإشراف ٥٦١/٢.

(٢) انظر : المجموع ٢٦٣/٩.

(٣) انظر : المبسوط ١٥٤/١٣ . تبيين الحقائق ١٠٣/٤ ، البناية ٥٨٧/٦ .

(٤) انظر : المبسوط ١٥٤/١٣.

يجاب على هـذا : بـأن تصـرف الفضـولي لم يخـالف الشـرع ، فهـو ثـابت بحديث عروة ، وهو نص في محـل الـنزاع ، ثـم إن المـانع مـن تصرفـه وهـو الضـرر منتف ، إذ لا ضرر على المالك ولاعلى الفضولي .

الدليل التاسع :

إن ثبوت انعقاد بيع الفضولي موقوفاً على إجازة مـن لـه الحـق ، تتحقـق بـه المصلحة لكلا العاقدين ، ولا ضرر على أحد في ذلك ، ولا مـانع شـرعاً ، فوجـب ثبوته، فالمالك يكفى مؤنة طلب المشـترى ونفـاق سـلعته وراحتـه منهـا ، والمشـتري يصل إلى حاجته ، والفضولي يصان كلامه عن الإلغاء [١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون ببطلان بيع الفضولي بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾[٢].

وجه الدلالة :

أخبر تعالى بأن حكم كل نفس قـد علـق بهـا دون غيرهـا، فيكـون في هـذه الآية دلالة على أنه لا يصح تصرف أحد لغيره إلا بإذنـه ، فـإذا تصـرف بغـير إذن صاحب الحق فإن تصرفه يكون باطلاً [٣].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن المراد بالآية الثواب والعقاب دون غيرها من أحكام الدنيا.

الثاني . لو سلمنا أنها عامة، فإن هذا العموم مخصوص،لما ثبت في السنـة

---

(١) انظر : المجموع ٩/٢٦٣.

(٢) سورة البقرة : آية (٢٨٦)

(٣) انظر : المحلى ٧/٣٥٢ .

من الأدلة الدالة على صحة بيع الفضولي، وأنه موقوف على إجازة صاحب الملك .

الدليل الثاني :

ما روي عن حكيم بن حزام أنه قال : سألت رسول الله ﷺ ، فقلت : يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي ، أبتاع له من السوق ثم أبيعه منه ؟ قال : لا تبع ما ليس عندك "[١].

وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على النهي عن بيع ما لا يملكه الإنسان ، ومن ذلك بيع الفضولي لمال غيره ، فلا يصح لورود النهي عنه ، والنهي يقتضي البطلان [٢].

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه :

الأول : أن المراد بالنهي في هذا الحديث هو النهي عن بيع المعدوم ، فيكون معنى الحديث : لا تبع ما ليس عندك ، أي : ما ليس حاضراً عندك أو غائباً في ملكك وتحت حوزتك [٣].

يجاب عن ذلك : بأنه تأويل متكلف يصرف اللفظ عن ظاهره ، فإن ظاهر النص يدل على أن المراد هو النهي عن بيع الإنسان ما ليس في ملكه ، فيجب حمل اللفظ على ظاهره ، ولا يصح أن يحمل على معنى بعيد وإن كان محتملاً إلا بقرينة مقتضية.

الثاني : أن النهى الوارد في الحديث محمول على بيع الرجل لنفسه لا لغيره، وذلك أن حكيماً كان يبيع لنفسه ما ليس عنده ، والفضولي لا يبيع لنفسه ،

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : بداية المجتهد ١٢٤٢/٣ ، المبدع ١٦/٤ .

(٣) انظر : نيل الأوطار ١٦٥/٥.

وبذلك يظهر أن الحديث ليس في محل النزاع [١].

الثالث : أن المراد بالبيع المذكور فيه هو البيع التام لا البيع الناقص الموقوف [٢].

الدليل الثالث :

ما روي عن حكيم أنه قال : قلت يارسول الله : إني أبتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟ قال : يا ابن أخي لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه "[٣].

وجه الدلالة :

أنه نهي عن بيع ما لا يقبض . وبيع الفضولي جمع بين عدم القبض وعدم الملك فيكون منهياً عنه من باب أولى [٤].

الدليل الرابع :

قوله ﷺ : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام "[٥].

وجه الدلالة :

أن الحديث يدل على أنه ليس لأحد أن يحل ما حرم الله منه إلا بالوجه الذي أباحه الله ، فإذا باع الفضولي فإن بيعه حرام مردود ، لأن الشرع حرم أكل أموال الناس بالباطل [٦].

---

(١) انظر : فتح القدير ٥٠/٧ . الفروق ٢٨١/٣.

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه ـ كتاب البيوع (٨/٣ ـ ٩) . والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب البيوع ـ باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام (٣١٣/٥)، والطبراني في الكبير (٢١٩/٣ ، ٢٢٠).

(٤) انظر : المبسوط ١٥٣/١٣ .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ـ كتاب الحج ـ باب حجة النبي ﷺ (٨٨٦/٢).

(٦) انظر : المحلى ٣٥٢/٧ .

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : لا خلاف في أن الله حرم أكل أموال الناس بالباطل ، لكن الفضولي لم يأكل أموال الناس بالباطل ، كما أنه لم يتسبب في ذلك ، وذلك لأن تصرفه غير نافذ ، بل هو موقوف على إجازة المالك . فإن لم يرض المالك به لم ينعقد .

الثاني : أن صحة هذا التصرف ثابتة بالسنة ، كما أن الأصل في العقود الحل،فلا يحرم منها إلا ما حرم الله ورسوله، ولم يأت ما يدل على حرمة هذا البيع.

الدليل الخامس :

قياس بيع الفضولي على بيع السمك في الماء والطير في الهواء ، بجامع عدم القدرة على تسليم المبيع ، فالبائع في كل منهما قد باع ما لا يقدر على تسليمه ، وبيع السمك في الماء والطير في الهواء باطل ، فكذلك الحكم في بيع الفضولي[١] .

نوقش : بأنه قياس مع الفارق ، وذلك لأن السبب في عدم جواز صحة بيع السمك في الماء والطير في الهواء هو انعدام المحل ، فمحل العقد غير مملوك أصلاً ، ففيه خطر الوجود والعدم ، وهذا غرر منهي عنه شرعاً ، وليس كذلك في بيع الفضولي ، فإن محل العقد مملوك فيصح العقد ، ولكن يحكم بوقفه مراعاة لحق المالك [٢].

الدليل السادس :

قياس بيع الفضولي على بيع المكره . بجامع عدم رضا من يشترط رضاه لصحة العقد ، فكما أن بيع المكره باطل ، فكذلك بيع الفضولي [٣].

---

(١) انظر : البناية ١٧١/٦ ، المجموع ٢٦٢/٩ .

(٢) انظر : المبسوط ١٥٥/١٣ . فتح القدير ٥١/٧ .

(٣) انظر : البناية ١٧١/٦.

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول: أن حكم الأصل وهو بيع المكره مختلف فيه ، فمن الفقهاء من ذهب إلى القول بعدم صحته . في حين ذهب آخرون إلى القول بأنه صحيح موقوف [1]، فلما كان الحكم فيه غير متفق عليه ، فإنه لا يصح أن يقاس عليه غيره .

الثاني : مع التسليم بصحته فإنه مع الفارق ، وذلك لأن الفضولي قصد اللفظ ، والمكره لم يقصد اللفظ ، فيكون الرضا في بيع المكره معدوماً ، وأما في بيع الفضولي فإنه موجود ، فافترقا .

الراجــح :

تبين لي من خلال هذا العرض رجحان القول الأول الذي يقضي بصحة بيع الفضولي موقوفاً على إجازة المالك ، فيكون للمالك حق الرجوع في هذا البيع حالة عدم إذنه به ، لدلالة السنة على ذلك ، وهي نص في محل النزاع ، وأن في القول به مراعاة لمصلحة المالك والعاقدين على النحو الذى بينته في هذه الدراسة .

---

(١) اختلف الفقهاء في بيع المكره على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن بيع المكره لا يصح .

وهو قول الشافعية والحنابلة .

القول الثاني : أن بيعه يصح موقوفاً على إجازته .

وهو قول المالكية .

القول الثالث : أن بيعه فاسد موقوف على إجازته .

وهو قول الحنفية .

انظر : المبسوط ٥٤/٢٤ ــ ٥٥ ، بدائع الصنائع ٢٦٢/٥ ، فتح القدير ٢٣٩/٩، مواهب الجليل ٤١/٦ ، حاشية الدسوقي ٩/٤ ، حاشية الخرشي ١٦٩/٥، المجموع ١٦١/٩ ، روضة الطالبين ٥/٣ ، مغني المحتاج ٣٣٣/٢ ، الإنصاف ٢٦٥/٤ ، المبدع ٧/٤ ، كشاف القناع ١٧١/٣ .

الفصل الثالث

الرجوع بسبب الخيار

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع بسبب خيار المجلس .

المبحث الثاني : الرجوع بسبب خيار الشرط .

المبحث الثالث : الرجوع بسبب خيار الغبن .

المبحث الرابع : الرجوع بسبب خيار العيب .

المبحث الخامس: الرجوع بسبب خيار التدليس .

المبحث السادس: الرجوع بسبب خيار الرؤية .

الفصل الثالث

الرجوع بسبب الخيار[١]

اتفق الفقهاء على أن عقد البيع عقد لازم ، فلا حق لأحد العاقدين في فسخه والرجوع عنه ، إلا إذا تضمن خياراً فإن يملك الرجوع بحكم ذلك الخيار أياً كان نوعه [٢]. واستدلوا على ذلك بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [٣].

وجه الدلالة :

أن الله أمر بالوفاء بالعقود ، وعقد البيع لا يتحقق الوفاء به إلا بتحصيل مقصوده ، وهو ثبوت الملك ولزومه [٤].

الدليل الثاني :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [٥].

---

(١) الخيار في اللغة : الاسم من الاختيار ، وهو طلب خير الأمرين ، ومنه اختار الشيء على غيره أي فضله عليه ، وأنت بالخيار : أي اختر ما شئت . وخايره بين الأمرين : فوض إليه أن يختار أحدهما ، واستخار : طلب الخيرة .

انظر لسان العرب مادة (خير) (٢٦٧/٤) . القاموس المحيط مادة (خير)(٢٦/٢).

وفي الاصطلاح : هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه .

انظر : مغني المحتاج ٤٠٣/٢ ، المطلع على أبواب المقنع ٢٣٤ .

(٢) انظر : البناية ٢٣/٧ ، إعلاء السنن ٨/١٤ ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، الذخيرة ٢٢/٥ ، روضة الطالبين ٩٦/٣، مغني المحتاج ٤٠٣/٢ ، المغني ١٠/٦ ، الإنصاف ٣٦٤/٤.

(٣) سورة المائدة : آية (١) .

(٤) انظر : البناية ٢٢/٧ ، الذخيرة ٢٢/٥ .

(٥) سورة سورة النساء : آية (٢٩).

وجه الدلالة :

أن الله علق إباحة أكل الأموال في التجارات بالتراضي ، فدل ذلك على أنه إذا وجد التراضي لزم العقد ،لأنه رتب على العقد مقتضاه ، وهو التصرف في المعقود عليه ، والتصرف فرع اللزوم ، والأصل ترتب المسببات على أسبابها [١].

الدليل الثالث :

قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [٢].

وجه الدلالة :

أن الله أمر بالإشهاد لتوثيق العقد ، ولو لم يكن لازماً لما احتاج إلى توثيق ، إذ إن عدم اللزوم يسقط معنى التوثيق [٣].

الدليل الرابع :

قوله ﷺ : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا "[٤].

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ جعل الخيار للمتبايعين قبل التفرق ، فإذا تفرقا بطل الخيار ولزم البيع ، فدل ذلك على أنه عقد لازم [٥].

---

(١) انظر : إعلاء السنن ٨/١٤ . الذخيرة ٥/٢٠ .

(٢) سورة البقرة : آية (٢٨٢).

(٣) انظر البناية ٧/٢٣ .

(٤) رواه البخاري ـ كتاب البيوع ـ باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٢/٩٢)، ومسلم ـ كتاب البيوع ـ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٣/١١٦٣).

(٥) انظر : الذخيرة ٥/٢١ .

الدليل الخامس :

قوله ﷺ لمن يخدع في البيوع : إذا بايعت فقل لا خلابة[١]"[٢] .

وجه الدلالة :

أن البيع لو لم يكن لازماً لما وجهه النبي ﷺ إلى اشتراط ذلك ، فعلم بهذا أن عقد البيع عقد لازم [٣].

---

(١) الخلابة : الخديعة ، انظر : غريب الحديث لأبي عبيد الهروي (٣٤١/١)، النهاية في غريب الحديث والأثر مادة خلب (٥٨/٢).

(٢) رواه البخاري كتاب البيع ـ باب ما يكره من الخداع في البيع (٩٤/٢)، ومسلم ـ كتاب البيوع ـ باب من يخدع في البيع (١١٦٥/٣).

(٣) انظر : البناية ٢٣/٧ .

المبحث الأول

الرجوع بسبب خيار المجلس[١]

إذا أبرم العاقدان عقد البيع ، وكان تام الشروط مستوفي الأركان، فهل يلزم البيع بمجرد انعقاده ـ بالإيجاب والقبول ـ حتى وإن كان العاقدان لم يتفرقا عن مجلس العقد [٢]؟، أم أنه يثبت لكل منهما الخيار في الرجوع ، وفسخ ما تم إبرامه ، مادام في مجلس العقد ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن العقد يلزم بمجرد انعقاده باللفظ ، فلا يكون لأحد العاقدين الرجوع عنه بعد ذلك .

وهو قول الحنفية [٣] والمالكية [٤].

جاء في الهداية ـ مع فتح القدير ـ : "وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما "[٥]، وجاء في المقدمات الممهدات : " والبيع لازم للمتبايعين إذا تم بينهما بالكلام وإن لم يتفرقا بالأبدان "[٦].

---

(١) أما لفظ المجلس في اللغة : بكسر اللام موضع الجلوس ، وبفتحها المصدر ، والمراد هنا مكان التبايع . انظر لسان العرب مادة (جلس) (٣٩/٦)، والصحاح مادة (جلس) (٧٨٠/١).
وخيار المجلس في الاصطلاح :" هو حق العاقد في إمضاء العقد أو رده منذ التعاقد إلى التفرق أو التخاير " . انظر : مغني المحتاج ٤٠٣/٢ ، المبدع ٦٣/٤.

(٢) المعيار في التفرق يرجع إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقاً ، ذلك لأن الشارع بنى على التفرق حكماً ولم يبين صفته ، فدل السكوت عن ذلك أنه أراد الصفة التي يعرفها الناس .
انظر : المجموع ٩ ١٢٩ ، المغني ١٢/٦ ، المبدع ٦٥/٤ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٣٣٨/٥ ، تبيين الحقائق ٤ ٣ ، فتح القدير ٢٣٨/٦ ، البحر الرائق ٤٤١/٥.

(٤) انظر : الإشراف ٥٢٢/٢ ، المقدمات الممهدات ٩٤/٢ ، الذخيرة ٢٠/٥.

(٥) ٢٣٨/٦ .

(٦) ١٩٤/٢ .

القول الثاني : أن العقد لا يلزم إلا بعد التفرق عن مجلس العقد ، فيكون لكل واحد من العاقدين الخيار في الرجوع والإمضاء قبل التفرق .

وهو قول الشافعية [١] والحنابلة [٢] والظاهرية [٣].

جاء في المهذب : " وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا " [٤]، وجاء في المغني :" والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما " [٥]، وجاء في المحلى :" ولكل واحد منهما إبطال ذلك العقد أحب الآخر أم كره ما لم يتفرقا بأبدانهما "[٦].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بلزوم عقد البيع بمجرد انعقاده باللفظ بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [٧].

وجه الدلالة :

إن الله أمر بالوفاء بالعقود ، وعقد البيع يدخل في هذا العموم ، فيجب الوفاء به ، فلازم هذا إبطال القول بخيار المجلس لأنه مناف لذلك ، إذ يثبت بمقتضاه لكل واحد من العاقدين الرجوع عن البيع ، وهذا مخالف لعموم الآية[٨].

---

(١) انظر : المهذب ٤/٢ ، روضة الطالبين ٩٦/٣ ، مغني المحتاج ٤٠٣/٢ .

(٢) انظر : المغني ١٠/٦ ، المبدع ٦٣/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٣٥/٢.

(٣) انظر : المحلى ٢٣٣/٧ .

(٤) ٤/٢ .

(٥) ١٠/٦.

(٦) ٢٣٣/٧ .

(٧) سورة المائدة : آية (١)

(٨) انظر : فتح القدير ٢٣٨/٦ ، الذخيرة ٢٢/٥ .

نوقش : أن وجوب الوفاء بالعقود لا خلاف فيه ، وأن الآية وإن كانت تدل بعمومها على ذلك إلا أنه قد ورد ما يخصصها ، وذلك بالأحاديث الثابتة التي تدل على أنه يثبت لكل واحد من العاقدين الرجوع عن البيع قبل التفرق من مجلس العقد ، فخصصت هذه الأحاديث العموم في الأمر بالوفاء بالعقود [١].

الدليل الثاني :

قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [٢].

وجه الدلالة :

أن في الآية الأمر بتوثيق البيع بالشهادة حتى لا يقع التجاحد بعد ذلك ، والبيع ينعقد بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت هذا الخيار وحكم بعدم اللزوم قبل التفرق لكان في هذا إبطال لهذا النص [٣].

نوقش : بأنه لا تعارض بين الأمر بالإشهاد والقول بثبوت خيار المجلس، فلا يلزم من إثبات أحدهما انتفاء الآخر ، فكما أنه لا تعارض بين الأمر بالإشهاد وخيار الشرط ــ مثلاً ــ فكذلك القول في خيار المجلس [٤].

الدليل الثالث :

قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [٥].

---

(١) انظر : المحلى ٢٤٢/٧ .

(٢) سورة البقرة آية (٢٨٢).

(٣) انظر : فتح القدير ٢٣٩٠٦ ، المقدمات الممهدات ٩٨/٢ .

(٤) انظر : المحلى ٢٤٢/٧ . سبل السلام ٦٤/٣ .

(٥) سورة النساء : آية (٢٩).

وجه الدلالة :

أن الله أباح الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً من غير قيد التفرق عن مكان العقد ، فلا يباح لأحدهما الفسخ في مجلس العقد لدلالة ظاهر النص على ذلك . ولأن البيع صدر من العاقدين مطلقاً ، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك للعوضين في الحال، فلم يكن لأحدهما أن ينفرد بالفسخ لثبوت العقد ولزومه بتراضيهما[١].

يناقش : بأن الإطلاق في هذه الآية مقيد بالسنة ، فقد ثبت جواز ذلك وصحته بالسنة ، فيجب أن يحمل المطلق على المقيد ، فيكون لأحدهما أن ينفرد بالفسخ والرجوع عن العقد ماداما في مجلس العقد .

الدليل الرابع :

ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله ﷺ قال : "... ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله "[٢].

وجه الدلالة :

أن الحديث أفاد أنه لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع أو الفسخ في المجلس إلا عن طريق الإقالة ، فلو كان خيار المجلس يثبت لأحد العاقدين لما كان هناك حاجة للإقالة ، كما أن الإقالة لا تكون إلا بعد تمام البيع وانتقال الملك، فكان ورود الإقالة دالاً على عدم ثبوت خيار المجلس[٣].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٣٨/٥ ، فتح القدير ٢٣٩/٦ ، تفسير القرطبي ١٣٤/٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع والإجارات ـ باب في خيار المتبايعين (٢٧١/٣) ، والنسائي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما (٢٨٨/٧ ، ٢٨٩) ، والترمذي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (٥٥٠/٣).

(٣) انظر : الفروق ٢٧٩/٣ ، شرح النووي ١٧٢/٩.

نوقش : أن هذا التوجيه لهذا الحديث غير مسلم ، لأن معنى قوله : خشية أن يستقيله ، أي : مخافة أن يختار الفسخ ، فعبر بالإقالة عن الفسخ ، لأنه أتى بذكر الإقالة في المجلس بعد أن أثبت أن لكل واحد من العاقدين الخيار ما لم يتفرقا[1].

الدليل الخامس :

ما روي عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال : " إذا اختلف المتبايعان ، وليس بينهما بينة ، فهو ما يقول به رب السلعة أو يتتاركان "[2].

وجه الدلالة :

أن ظاهر الحديث يعم كل اختلاف ، سواء كان قبل التفرق أو بعده ، والترادّ إنما يكون بعد تمام البيع ، فيكون هذا الحديث ناسخاً للحديث المتقدم [3].

نوقش : بأن دعوى النسخ لا تصح ، لأن النسخ إنما يكون فيما تعارض من الأخبار ، ولا يمكن الجمع بينهما ، وهذا منتف هنا ، إذ الجمع بينهما ممكن ، وذلك بحمل التفرق المذكور في حديث الخيار على التفرق بالأبدان ، فيكون نطاق العمل بحديث ابن مسعود إذا لزم البيع وذلك بعد التفرق عن مجلس العقد [4].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بثبوت خيار المجلس للعاقدين ، بما روي عنه ﷺ أنه قال : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا "[5].

---

(١) انظر : المجموع ١٨٨/٩ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٧٨٠/٣)، والنسائي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب اختلاف المتبايعين بالثمن (٣٠٢/٧).

(٣) انظر : المقدمات ٩٦/٢.

(٤) انظر : سبل السلام ٦٤/٣ . نيل الأوطار ١٩٧/٥.

(٥) تقدم تخريجه .

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على أن لكل واحد من المتبايعين الحق في فسخ البيع مادامـا مجتمعين في مجلس العقد لم يتفرقا ، إذ العقد لا يكون لازماً إلا بعد التفرق[١].

نوقش هذا الدليل من وجهين :

الأول : استمرار العمل في المدينة على خلافه ، وما استمر العمل عليـه في المدينة مقدم على أخبـار الآحـاد العـدول ، لأن المدينـة دار النبي ﷺ وبهـا تـوفي وأصحابه متوافرون فيها فيستحيل أن يتصل العمل منهـم في شـيء على خـلاف مـا روي عنه ﷺ. إلا وقد علموا النسخ فيه [٢].

أجيب على هذه المناقشة من أربعة أوجه [٣]:

الأول : أن مذهب مالك ـ بأن الحديث إذا خالف عمل أهل المدينـة تُـرك ـ اصطلاح له وحده ، منفرد به عن العلماء ، فلا يقبل قوله في رد السنن بحجة أن فقهاء المدينة لم يؤثر عنهم العمل بها ، إذ الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا في عصره ولا في العصر الذي قبله منحصرين في المدينة ولا في الحجاز ، بل كانوا متفرقـين في أقطاع الأرض ، مع كل واحد قطعة من الأخبار لا يشاركه فيها أحد .

قال ابن القيم[٤] في أعلام الموقعين : " وهذا أصل قد نازعهم فيه الجمهـور، وقالوا : عمل أهل المدينة كعمل غيرهم من أهل الأمصـار ، ولا فـرق بـين عملهـم

---

(١) انظر : المجموع ١٨٨/٩ ، المغني ١٠/٦ ، كشاف القناع ٢٢٩/٣.

(٢) انظر : المقدمات ٩٧/٢ ، ٩٨ ، بلغة السالك ٤٦/٢ ، الذخيرة ٢٣/٥ .

(٣) انظر : المجموع ١٨٨/٩ ، المغني ١١/٦ ، المبدع ٦٤/٤ ، المحلى ٢٣٩/٧.

(٤) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي الدمشقي، شمس الدين ابن قيم الجوزية الحنبلي، العلامة المجتهد المصنف المشهور ، سمع من ابن تيمية ودرس بالصدرية وأم بالجوزيـة، لـه تآليف كثيرة ، منهـا: الطرف الحكمية، مفتـاح دار السـعادة ، مـدارج السـالكين . تـوفي سـنة ٧٥١هـ . انظر ترجمته في : شذرات الذهب (١٦٨/٦) ، الأعلام (٢٨١/٦).

وعمل أهل الحجاز والعراق والشام . فمن كانت السنة معهم فهم أهل العمل المتَّبع ، وإذا اختلف علماء المسلمين لم يكن عمل بعضهم حجة على بعض ، وإنما الحجة اتباع السنة، ولا تترك السنة لكون عمل بعض المسلمين على خلافها ، ولو ساغ ترك السنة لعمل بعض الأمة على خلافها لتركت السنن .."[١].

الثاني : أن القول بأن فقهاء المدينة متفقون على عدم ثبوت خيار المجلس غير مسلم ، بل إنه مدفوع بمخالفة سعيد بن المسيب[٢] والزهري[٣] وابن أبي ذئب[٤]، بل إن بعضهم أنكر على مالك تركه هذا الحديث بعبارات مشهورة .

الثالث : أن القول بأن الحديث خبر واحد غير مسلم ، فقد ذكر غير واحد من أهل العلم أن الحديث مروي بأسانيد متواترة متظاهرة منتشرة توجب العلم الضروري .

الرابع : أن دعوى النسخ غير صحيحة ، إذ النسخ لا يثبت بالاحتمال.

---

(١) ٣٨٠/٢ .

(٢) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب القرشي المخزومي ، من فقهاء التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، وكان أحفظ الناس لأقضية عمر وأحكامه حتى سمي رواية عمر ، جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع . توفي سنة ٩٤ هـ .
انظر ترجمته في : طبقات ابن سعد (٨٨/٥) . تهذيب التهذيب (٨٤/٤) . الأعلام (١٥٥/٣).

(٣) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبيد الله بن شهاب الزهري المدني، أحد الأعلام المشهورين، قال عمر ابن عبد العزيز:لم يبق أعلم بسنة ماضية من الزهري،رأى عشرة من الصحابة. توفي سنة ١٢٤هـ انظر ترجمته : تذكرة الحفاظ (١٠٢/١)، شذرات الذهب (١٦٢/١)، الأعلام (٩٧/٧).

(٤) هو أبو الحارث محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب القرشي العامري المدني الفقيه ، روى عن عكرمة ونافع وخلق . قال الإمام أحمد : كان يشبه بسعيد بن المسيب. وما خلف مثله . توفي سنة (١٥٩هـ) انظر ترجمته : تذكرة الحفاظ (١٩١/١ــ١٩٣)، العبر (٢٣١/١).

الثاني : أن الحديث يحتمل التأويل ، لأن الافتراق في اللغة يكون بالكلام والإنجاز للمعاني ، فيكون معنى الحديث : أن المتساومين كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بالقول، ويستبد كل واحد منهما بما صار إليه عوضاً عما صار لصاحبه، لأن المتساومين يصدق عليهما اسم المتبايعين ، وبعد إكمال البيع لا يوصفان بأنهما متبايعين إلا مجازاً لا حقيقة [١].

أجيب على هذه المناقشة من أربعة أوجه [٢]:

الأول : أنهما ما داما في المساومة يسميان متساومين ولا يسميان متبايعين، وأن المتبايعين اسم مشتق من البيع ، فإذا لم يوجد البيع لم يجز أن يشتق منه .

الثاني : أن حمل الحديث على المساومة يخرجه عن الفائدة ، لأنه معلوم أن المتساومين بالخيار ، إن شاءا عقدا . وإن شاءا تركا .

الثالث: أن النبي ﷺ مد الخيار إلى التفرق ، وهذا تصريح بثبوته بعد انعقاد العقد لا وقت المساومة .

الرابع : أن هذا الاعتراض يرده تفسير ابن عمر لمفهوم التفرق ، حيث فسره بفعله ، فكان إذا بايع أحداً مشى خطوات ليلزم البيع ، وبمثله فسره أبو برزة ، وهما راويان للحديث ، وأعلم بمعناه [٣].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٣٨/٥ ، تبيين الحقائق ٣/٤ ، المقدمات ٩٧/٢ ، ٩٨.

(٢) انظر : المجموع ١٨٨/٩ . المغني ١١/٦ ، المبدع ٦٤/٤ ، المحلى ٢٣٩/٧ .

(٣) انظر : أثر ابن عمر في صحيح مسلم ـ كتاب البيوع ـ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١١٦٣/٣)، وأثر أبي برزة في سنن الترمذي ـ كتاب البيوع ـ باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (٥٥٠/٣).

الراجــح :

بعد عرض أدلة كلا الفريقين ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، تبين لي رجحان القول الثاني ، لدلالة السنة على ذلك ، وهي نص في محل النزاع ، وأما ما استدل به أصحاب القول الأول فإنها لا تعدو أن تكون عمومات مخصصة بما ثبت بالسنة الصحيحة ، ثم إن القول برجوع أحد المتعاقدين عن العقد قبل تفرقهما باستعماله خيار المجلس ليس فيه إبطال لحق العاقد الآخر لأنه لم يثبت له حق قبل لزوم العقد ، فالعقد غير لازم ما لم ينقض المجلس ، كما أن خيار المجلس يعطي للآخر أن يرجع عن العقد كما أعطى الأول .

ثم إن الحاجة تدعو إلى هذا النوع من الخيار ، لأن الإنسان قد يندفع إلى البيع تحت تأثير رغبة ملحة ، أو خوف فوات فرصة ، فيغالي في الثمن إن كان مشترياً ، ويتساهل فيه إن كان بائعاً ، وبعد التريث يود لو تخلص منه ، فلاطريق لإزالة هذا الحرج إلا بإثبات خيار المجلس .

المبحث الثاني

الرجوع بسبب خيار الشرط[1]

من أسباب الرجوع في عقد البيع ، أن يشترط كلا العاقدين أو أحدهما الخيار ، أنه متى أراد الرجوع عن البيع كان له ذلك ، فهل مثل هذا الاشتراط يصح البيع مع وجوده ، فيكون لمن هو له أن يرجع متى شاء ، أم أن البيع يكون باطلاً لاشتماله على هذا الاشتراط ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : للعاقد أن يشترط لنفسه الخيار ، فيملك الرجوع بموجب هذا الخيار.

وهو قول الحنفية [2] والمالكية [3] والشافعية [4] والحنابلة [5].

جاء في تبيين الحقائق : "جاز خيار الشرط لهما جملة أو لأحدهما "[6]، وجاء في القوانين الفقهية :" ويجوز أن يشترطه البائع أو المشتري أو كلاهما ، ثم لمن اشترطه أن يمضي البيع أو يرده ما لم تنقض مدة الخيار ، أو يظهر منه ما يدل على

---

(١) الشرط في اللغة : بسكون الراء ــ إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والجمع شروط، وبفتحها : العلامة ، والجمع أشراط ، والاشتراط : العلامة يجعلها الناس بينهم .
انظر : لسان العرب مادة (شرط) (٣٢٩/٧)، مقاييس اللغة مادة (شرط) (٢٦٠/٣).
وخيار الشرط اصطلاحاً : هو أن يشترط العاقدان الخيار مدة معلومة .
انظر : حاشية ابن عابدين ٤٧/٤ ، شرح حدود ابن عرفة ٣٦٥/١، المبدع ٦٧/٤.

(٢) انظر : المبسوط ٤١/١٣ ، تبيين الحقائق ١٤/٤ ، فتح القدير ٢٨٦/٦.

(٣) انظر : الإشراف ٥٢٣/٣ ، القوانين الفقهية ٢٣٤، المقدمات ٨٨/٢ ، مواهب الجليل ٣٠٣/٦.

(٤) انظر : روضة الطالبين ١٠٧/٣ ، مغني المحتاج ٤١٠/٢ ، نهاية المحتاج ١٢/٤.

(٥) انظر : المغني ٣٩/٦ ، الإنصاف ٣٧١/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٣٨/٢ .

(٦) ١٤/٤ .

الرضا "[١]، وجاء في روضة الطالبين : " يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما"[٢]. وجاء في المغني : " ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين "[٣].

القول الثاني : عدم جواز اشتراط الخيار ، ولا حق للعاقد في الرجوع بموجبه .

وهو قول الظاهرية [٤].

جاء في المحلى :" وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعاً ... فهو باطل "[٥].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بجواز اشتراط الخيار بما يلي :

الدليل الأول :

ما روي أن حبان بن منقذ كان يغبن في البيوع ، فقال له النبي ﷺ : إذا بايعت فقل : لا خلابة ثم أنت بالخيار .."[٦].

وجه الدلالة :

في الحديث الأمر لحبان بأن يشترط لنفسه الخيار ليدفع عنه الغبن ، ومفهومه أنه متى تحققت الخديعة وثبت الغبن أعطي الخيار في إمضاء البيع أو فسخه لوجود

---

(١) ٢٣٤ .

(٢) ١٠٧/٣.

(٣) ٣٩/٦.

(٤) انظر : المحلى ٢٦٠/٧.

(٥) ٢٦٠/٧.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب البيع ـ باب ما يكره من البيع (٩٤/٢)، ومسلم في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب من يخدع في البيع ١١٦٥/٣ .

الشرط ، وفي هذا دليل على صحة اشتراط الخيار ، وإذا ثبت الخيار لمن اشترطه أصبح العقد في حقه غير لازم ، له الرجوع فيه متى شاء مادام خياره قائماً[١].

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : " البيعان باخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار "[٢].

وجه الدلالة :

أنه استثنى في لزوم البيع حال الافتراق نوعاً من البيوع هو البيع الذي عقد على اشتراط الخيار [٣].

الدليل الثالث :

قوله ﷺ:" المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالاً أوأحل حراماً"[٤].

وجه الدلالة :

أن شرط الخيار في البيع لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، فهو شرط لا محظور فيه شرعاً ، فيدخل في عموم هذا الحديث ، فيكون لمن له الخيار الرجوع عن البيع متى شاء مادام خياره قائماً [٥].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث ضعيف ، فلا يصلح الاحتجاج به [٦].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٤/٤ ، المقدمات ٨٥/٢ ، المغني ٣٨/٦.

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : الذخيرة ٢٣/٥ ، الحاوي ٣٧/٥ ، فتح الباري ٣٣٣/٤.

(٤) أخرجه الترمذي في السنن ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس ٦٢٦/٣.

(٥) انظر : التمهيد ٢٣/١٤ ، الحاوي ٦٦/٥ .

(٦) انظر : المحلى ٢٧١/٧ ، قال ابن حجر في بلوغ المرام ٢٩١ : " وأنكروا عليه ــ أي على الترمذي ــ ، لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف ".

نوقش : بأن الحديث يصح بمجموع طرقه ، فقد جاء من طرق عديدة يشد بعضها بعضاً [١].

الثاني : أن شروط المسلمين هي ما جاء في الكتاب والسنة بإباحتهما نصاً لقوله ﷺ : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " [٢]، واشتراط الخيار في البيع ليس في كتاب الله ، ولا في سنة رسوله ﷺ ، فوجب القول ببطلانه وعدم صحته [٣].

أجيب : بأن قوله ﷺ : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" يحتمل أحد أمرين [٤]:

الأول : أن يكون الشرط أو العقد مخالفاً لحكم الله ، وليس المراد أنه لم يذكر في كتاب الله أو سنة رسوله ، ودليل هذا : أن النبي ﷺ قال في الحديث : "قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق " ، وإنما هذا فيما إذا خالف الشرط أو العقد قضاء الله أو شرطه ، بأن يكون ذلك العقد أو الشرط مما حرم الله ، فمضمون الحديث أن العقد أو الشرط إذا لم يكونا من الأفعال المباحة فإنهما يكونان محرمين باطلين ، فليس في الحديث منع الشروط أو العقود التي لم تذكر في كتاب الله أو في سنة رسوله ﷺ .

---

(١) قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى ١٤٧/٢٩ : " فلعل تصحيح الترمذي له لروايته من وجوه ... ثم قال بعد أن ذكر بعض أسانيد هذا الحديث : هذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً، فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً " ، وقال عنه ابن العربي في عارضة الأحوذي ١٠٣/٦ ، قد روي من طرق عديدة . ومقتضى القرآن وإجماع الأمة على لفظه ومعناه ".

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب المكاتب ــ باب استعانة المكاتب (٢٢٥/٢)، ومسلم في صحيحه ــ كتاب العتق ــ باب إنما الولاء لمن أعتق (١١٤١/٢).

(٣) انظر : المحلى ٧/ ٢٦٥ .

(٤) انظر : مجموع الفتاوى ٢٩ ١٦٠ ــ ١٦١ ، إعلام الموقعين ٣٤٨/١.

الثاني : إذا سلم أن المراد منه منع كل عقد أو شرط لم يذكر في كتاب الله أو سنة رسوله فيمكن القول بأن قوله ﷺ : " ليس في كتاب الله " إنما يراد به ما ليس فيه لا بعمومه ولا بخصوصه ، أما ما كان فيه بعمومه فإنه لا يقال فيه : إنه ليس في كتاب الله ، وخيار الشرط جاءت به الأدلة عموماً وخصوصاً .

الدليل الرابع :

حكى غير واحد من العلماء الإجماع على جواز خيار الشرط [1].

يناقش : بأن دعوى الإجماع فيها نظر . إذ الخلاف في هذه المسألة مشهور، فقد خالف في ذلك ابن شبرمة ، والثوري[2] وابن حزم [3] وغيرهم [4]، فذهبوا : إلى أنه لا يجوز اشتراط الخيار في عقد البيع .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم جواز اشتراط الخيار بما يلي :

---

(١) انظر : فتح القدير ٦/٣٠٠ . المجموع ٩/١٩٠ . المغني ٦/٣٠.

(٢) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري . ولد في خلافة سليمان بن عبد الملك ، قال عنه سفيان ابن عيينة ، ما رأيت أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري . كان رأساً في التقوى ، طلبه المنصور ثم المهدي ليلي الحكم فتوارى منهما سنين . له مصنفات ، منها : الجامع الكبير ، والجامع الصغير ، توفي سنة ١٦١هـ .

انظر ترجمته في : طبقات ابن سعد (٦/٣٧١)، وفيات الأعيان (٢/٣٨٦)، الأعلام (٣/١٥٨).

(٣) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، عالم الأندلس في عصره ، وكان صاحب حديث وجدل، وانتقد كثيراً من العلماء والفقهاء ، وكانت له الوزارة وتدبير المملكة، فانصرف عنها إلى التأليف والعلم . له عدة مصنفات منها : المحلى . الإحكام ، الفصل ، توفي سنة ٤٥٦هـ .

انظر ترجمته في : سير أعلام النبلاء (١٨/١٨٤)، البداية والنهاية (١٢/٩١ـ٩٢) ، الأعلام (٥/٥٩).

(٤) انظر: التمهيد ١٤/٢٨ . المحلى ٧/٢٦٠.

الدليل الأول :

قوله ﷺ : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل "(١).

وجه الدلالة :

أن شرط الخيار ليس مما جاء في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، فيكون شرطاً باطلاً (٢).

تقدمت مناقشة هذا الاستدلال في الدليل الثالث من أدلة القول الأول.

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : " لا يفترق المتبايعان عن بيع إلا عن تراض "(٣).

وجه الدلالة :

في هذا الحديث النهي عن التفرق عن البيع قبل التراضي ، وهذا يدل على أنه لا يجوز اشتراط الخيار بعد الافتراق عن مجلس العقد ، فبقاء الخيار بعد التفرق ينافي التراضي (٤).

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن ابن حزم نفسه قد حكم على هذا الحديث بأنه مرسل ، والمرسل من أقسام الضعيف (٥).

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : المحلى ٢٦٧/٧..

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ــ كتاب البيوع ــ باب في خيار المتبايعين ٧٣٧/٣ ، والترمذي في السنن ــ كتاب البيوع ــ باب ٥٤٢/٣ ، وأحمد في المسند ٥٣٦/٢.

(٤) انظر : المحلى ٢٧٠/٧.

(٥) انظر : المحلى ٢٧١/٧.

الثاني : مع التسليم بصحة هذا الحديث ، فإنه مخصوص بالأحاديث الدالة على مشروعية خيار الشرط .

الدليل الثالث :

ما روي عنه ﷺ : " أنه نهى عن بيع الغرر "[١].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على تحريم بيع الغرر ، واشتراط الخيار في البيع نوع من الغرر ، ووجه الغرر فيه ، أنه لا يدري أيتم البيع أم لا ؟ ولا متى يتم ؟ وهذه جهالة فاحشة لا تحتملها عقود المعاوضات [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن اشتراط الخيار ليس من الغرر في شيء ، وفي بيان ذلك قال ابن تيمية: فأما كون العقد جائزاً يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه ، ويجوز أن لا يلزم ، أو كونه يجوز أن ينعقد إن شرط انعقاده ، أو يجوز أن لا ينعقد ، فليس هذا في دخل في نهيه ﷺ " [٣].

الثاني : أن الذي نهى عن بيع الغرر هو الذي أجاز البيع مع شرط الخيار ، فلو سلمنا أن البيع مع شرط الخيار فيه غرر لكان غير داخل في النهي عن بيع الغرر، بل مستثنى منه جمعاً بين الأدلة ، على أن الغرر الذي فيه ليس إلا من جهة عدم العلم بإمضاء العقد أو فسخه ، وهذا غرر يسير لا يوجب نزاعاً ، لأنه مضروب له مدة بتراضيهما .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب بطلان بيع الحصاة ، والبيع الذي فيه غرر ١١٥٣/٣.

(٢) انظر : المبسوط ٤١/١٣.

(٣) انظر : مجموع الفتاوى (١٤٧/٢٩).

الدليل الرابع :

أننا لو قلنا بثبوت هذا النوع من الخيار فإن ذلك ينافي مقتضى عقد البيع ، لأن مقتضاه نقل الملكية من البائع إلى المشتري ، واشتراط الخيار لا يحصل به ذلك، فيكون منافياً له ، ومانعاً من ترتب آثار العقد عليه [١].

يناقش : بأن العلماء مختلفون في انتقال الملك زمن خيار الشرط ، فمنهم من قال بانتقاله بمجرد انعقاده ، ومنهم من جعله موقوفاً على انقضاء مدة الخيار أو اختيار الفسخ أو الإمضاء ، فدل هذا على أن اشتراط الخيار لا ينافى مقتضى العقد وهو انتقال الملك .

الراجح :

اتضح لي من خلال هذا العرض رجحان القول الأول ، وذلك لقوة الأدلة التي استدل بها القائلون به ، وصراحتها ووضوحها في صحة هذا الخيار وثبوته ، وضعف ما استدل به القائلون بعدم جوازه ، ولأن الحاجة تدعو إلى إثبات هذا الخيار، فالعاقد إما أن يكون غير خبير بالسوق أو بالسلعة فيحتاج إلى هذا الشرط ليدفع بذلك عن نفسه مغبة الغبن والخديعة ، وقد يكون خبيراً لكن يريد أن يختبر السلعة حتى يرى ما إذا كانت تحقق الغرض أو لا ، إلى غير ذلك من الأغراض الوجيهة التي لا يمكن للعاقد أن يقطع برأي فيها حين العقد .

وبعد أن اتفق القائلون بمشروعية خيار الشرط : أن لكل واحد من العاقدين أن يشترط الخيار لنفسه ، اختلفوا في المدة التي يجوز فيها هذا الخيار على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن المدة لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أيام .

---

(١) انظر : المحلى (٧/٢٧١).

وهو قول أبي حنيفة وزفر[١] [٢] ، وقول الشافعية [٣].

جاء في تبيين الحقائق : " ولو شرطا أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز ، وهذا عند أبي حنيفة ، وبه قال زفر " [٤]، وجاء في روضة الطالبين :" ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، فإن زاد بطل البيع" [٥].

القول الثاني : أن تقدير المدة راجع إلى العاقدين ، فما اتفقا عليه من المدة جاز وإن طالت .

وهو قول الصاحبين [٦]، والمذهب عند الحنابلة [٧].

جاء في البحر الرائق : " وقالا (أبو يوسف ومحمد) يجوز إذا سمى مدة معلومة "[٨]، وجاء في المغني : " ويجوز اشتراط الخيار على ما يتفقان عليه من المدة المعلومة "[٩].

القول الثالث : أن المدة تقدر بقدر ما يحتاج إليه في الاختبار ، فلا تقدر بثلاثة ، فهي تختلف باختلاف المبيعات .

---

(١) هو أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس بن سليم العنبري ، الفقيه الحنفي ، كان قد جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي ، توفي سنة ١٥٨هـ .
انظر ترجمته في : الفوائد البهية (٧٥) ، الأعلام (٧٨/٣).

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٤/٤ . فتح القدير ٢٧٨/٦ ، ٢٧٩ ، البحر الرائق ٧/٦ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ١٠٤/٣ . مغني المحتاج ٤١٧/٢ ، نهاية المحتاج ١٨/٤.

(٤) ١٤/٤ .

(٥) ١٠٤/٣.

(٦) انظر : فتح القدير ٢٧٩/٦ ، البحر الرائق ٧/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤.

(٧) انظر : المغني ٣٨/٦ ، شرح الزركشي ٤٠١/٣ ، الإنصاف ٣٧٣/٤.

(٨) ٧/٦.

(٩) ٣٨/٦ .

وهو قول المالكية [١].

جاء في المقدمات : " فأمد الخيار في البيع إنما هو بقدر ما يحتاج إليه في الاختبار مع مراعاة إسراع التغير إلى المبيع وإبطانه عنه "[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن المدة لا يجوز أن تجاوز ثلاثة أيام بما يلي:

الدليل الأول :

قوله ﷺ لحبان : " إذا بايعت فقل لا خلابة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد " [٣].

وجه الدلالة :

دل الحديث على تحديد مدة خيار الشرط ، وأنها لا تزيد على ثلاثة أيام ، لأن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثة أيام ، لأن التقدير هنا لمنع الزيادة ، إذ لو لم تمنع لما كان لهذا التقدير فائدة [٤].

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه [٥]:

الأول : أنه ليس في الحديث بأي وجه من الوجوه المنع من الزيادة على ثلاثة أيام ، فلم يجعل النبي ﷺ المدة المقدرة التي أرشد حبان إليها حداً فاصلاً بين ما

---

(١) انظر : المقدمات ٨٨/٢ ، مواهب الجليل ٣٠٣/٦ ، حاشية الدسوقي ١٤٩/٤ ، ١٥٠ .

(٢) ٨٨/٢.

(٣) أخرجه ابن ماجة في السنن ـ كتاب الأحكام ـ باب الحجر على من يفسد ماله ٧٨٩/٢ . والدار قطني في السنن ـ كتاب البيوع ـ ٥٥/٣ ـ٥٦ ، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب البيوع ـ باب الدليل على أنه لا يجوز الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ٢٧٣/٥ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ١٤/٤ ، كفاية الأخيار ٤٧٨/١ ، شرح الزركشي ٤٠١/٣ .

(٥) انظر عارضة الأحوذي ٨/٦ ، شرح الزركشي ٤٠٢/٣ ، ٤٠٣ ، إعلام الموقعين ٢٢/٤ ، المبدع ٦٧/٤.

يجوز من المدة وما لا يجوز .

الثاني : أن ظاهر الحديث يدل على أن هذه المدة المقدرة فيه ثابتة لهذا الرجل ومن كان بصفته، سواء اشترطها أو لم يشترطها ، لأنه كان يخدع في البيوع، فجعل له هذه المدة بمجرد العقد . ويزيد ذلك أن هذا الرجل ادرك زمن عثمان حين فشا الناس وكثروا ، وكان يتبايع البيع في السوق ، ويرجع إلى أهله وقد غبن غبناً قبيحاً ، ويرجع به على من باعه ، فيقول البائع : وا لله لا أقبلها. فيشهد له أصحاب رسول ا لله ﷺ أن النبي ﷺ قد جعله بالخيار ثلاثاً ، فيرد له البائع دراهمه .

الثالث : أن النص في هذا الحديث على الثلاث ليس لتحديد مدة الخيار، وإنما هي تعتبر كافية فيمن حاله كحال هذا الصحابي ، ولكن بعض السلع يحتاج النظر فيها إلى مدة تزيد عن هذه المدة ، ولما كان الخيار شرع لهذا المعنى وجب أن تقدر المدة بما يتناسب مع طبيعة كل سلعة ، وما تحتاج إليه من مدة ليتمكن العاقد من التروي فيها والنظر ، وسؤال من يثق بخبرته ومعرفته .

الدليل الثاني :

ما روي عن أنس : أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً وشرط الخيار أربعة أيام فأبطل رسول ا لله ﷺ البيع ، وقال : " الخيار ثلاثة أيام "[1].

---

(١) رواه ابن حزم في المحلى (٢٧٠/٧) وعزاه عبد الحق في الأحكام الوسطى(٢٦٦/٣) إلى عبد الرزاق.وعزاه إليه أيضا الحافظ في التلخيص الحبير (٢١/٣). والزيلعي في نصب الراية (٨/٤). قال محقق الأحكام الوسطى (٢٦٦/٣) : " لم أره في المصنف لعبد الرزاق بعد البحث الشديد ".

وجه الدلالة :

أن النبي أبطل هذا البيع الذي تم بشرط الخيار بما يزيد على ثلاثة أيام ، مما يدل على عدم جوازه بما زاد على هذه المدة [١].

نوقش : بأن هذا الحديث ضعيف ، فلا يصلح الاحتجاج به [٢].

الدليل الثالث :

القياس على خيار التصرية المؤقت بالثلاث ، فالنبي شرط في المصراة [٣] الخيار ثلاثة أيام بعد البيع ، فلا يزاد على ماحده النبيﷺ ، ويقال مثل هذا في خيار الشرط ، لأن كلا منهما حد من النبي ﷺ [٤].

نوقش هذا الاستدلال أن التأقيت في التصرية بثلاثة أيام ثبت لمعنى ، وهو أن التصرية لا تعلم غالباً قبل مضي هذه المدة ، بخلاف خيار الشرط فقد يحتاج إلى أقل من هذه المدة وربما إلى أكثر نظراً لاختلاف المبيع ، فكان تقدير المدة في ذلك خاضعاً لطبيعة كل مبيع بحسبه [٥].

الدليل الرابع :

أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد ، وهو اللزوم ، وإنما جوز بخلاف القياس بما روي من النص فيتقيد على مورد النص فتنتفي الزيادة [٦].

---

(١) انظر : إعلاء السنن ١٤/٤٣ . البحر الرائق ٦/٧ .

(٢) انظر : المحلى ٧/٢٧٠ .

(٣) المصراة ــ بفتح المهملة وتشديد الراء ــ : " هي ــ الناقة أو البقرة أو الشاة ــ التي صري لبنها وحقن في الضرع وجمع فلم يحلب " .
انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٣/٢٧٣ . وفتح الباري ٤/٤٢٣، المطلع ٢٣٦.

(٤) انظر : الاستذكار ٢٠/٢٥١ . الأم ٣ ٦٨ .

(٥) انظر : فتح الباري ٤/٣٦٣ . المغني ٦/٢٢١ .

(٦) انظر : تبيين الحقائق ٤/١٤ .

يناقش : أن القول بأن مشروعية خيار الشرط جاءت على خلاف القياس غير صحيح ، بل هي على وفق القياس ، لأنها ثابتة بنص صحيح عن صاحب الشريعة ﷺ ، فكل أمر ثبت بدليل صحيح فإنه على وفق القياس ولابد ، لأنه أصل بنفسه .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن تقدير مدة الخيار يرجع إلى العاقدين ، وإن طالت بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [١].

وجه الدلالة :

أن الآية دلت على وجوب الوفاء بالعقود ، وهذا يشمل الوفاء بأصل العقد ووصفه ، فدل هذا على أن الأصل في الشروط الحل ، فلا مانع من أن تكون مدة الخيار طويلة معلومة إذا اتفق عليها طرفا العقد [٢].

الدليل الثاني:

قوله ﷺ : " المسلمون على شروطهم ... "[٣].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على لزوم الشروط وثبوتها ، وعدم صحة الرجوع عنها ، إذا لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً ، فدل ذلك على جواز كون مدة الخيار ترجع إلى ما يتفق عليه العاقدان "[٤].

---

(١) سورة المائدة : آية ١ .

(٢) انظر : شرح الزركشي ٣ ٤٠٢ . مجموع الفتاوى ٣٤٦/٢٩ .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) انظر ٠ شرح الزركشي ٣ ٤٠٢ . شرح منتهى الإرادات ٢ ٣٧ .

الدليل الثالث:

ما روي عن ابن عمر : " أنه باع جارية وجعل الخيار إلى شهرين "[١].

وجه الدلالة :

أن الصحابي الجليل عبد الله بن عمر الذي يعد من كبار فقهاء الصحابة استعمل هذا الخيار بمدة معلومة زادت على الثلاث ، مما يدل على جواز ذلك ، لا سيما إذا عرفنا شدة تحريه إصابة السنة في أموره كلها [٢].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول: أن هذا الأثر لم يثبت عن ابن عمر ، فقد قال عنه الزيلعي :"غريب جداً "[٣].

الثاني : أنه لا دليل فيه على عدم جواز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام ، فإن جعل الخيار للمشتري إلى شهرين في هذا الأثر لم يكن على وجه الشرط قطعاً، بل يحتمل أن يكون وعداً بالإقالة إلى شهرين ، كما أنه يحتمل أن يكون الخيار المشترط فيه خيار الرؤية [٤].

الدليل الرابع :

قياس خيار الشرط على الأجل ، فكما أنه يجوز في الأجل أن يكون طويلاً زائداً على الثلاث ، فكذل القول في خيار الشرط [٥].

---

(١) لم أجده في كتب الآثار التي وقفت عليها ، وإنما ذكره السرخسي في المبسوط (٤١/١٣) ، والزيلعي في نصب الراية ٨/٤ ، والعيني في البناية ٧٧/٧ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٤/٤ . فتح القدير ٢٧٨/٦.

(٣) نصب الراية ٨/٤.

(٤) انظر : إعلاء السنن ٤٢/١٤.

(٥) انظر : فتح القدير ٢٧٨/٦ . شرح الزركشي ٤٠٢/٣ . شرح منتهى الإرادات ٣٧/٢.

الدليل الثالث:

ما روي عن ابن عمر : " أنه باع جارية وجعل الخيار إلى شهرين"[١].

وجه الدلالة :

أن الصحابي الجليل عبد الله بن عمر الذي يعد من كبار فقهاء الصحابة استعمل هذا الخيار بمدة معلومة زادت على الثلاث ، مما يدل على جواز ذلك ، لا سيما إذا عرفنا شدة تحريه إصابة السنة في أموره كلها [٢].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول: أن هذا الأثر لم يثبت عن ابن عمر ، فقد قال عنه الزيلعي :"غريب جداً "[٣].

الثاني : أنه لا دليل فيه على عدم جواز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام ، فإن جعل الخيار للمشتري إلى شهرين في هذا الأثر لم يكن على وجه الشرط قطعاً، بل يحتمل أن يكون وعداً بالإقالة إلى شهرين ، كما أنه يحتمل أن يكون الخيار المشترط فيه خيار الرؤية [٤].

الدليل الرابع :

قياس خيار الشرط على الأجل ، فكما أنه يجوز في الأجل أن يكون طويلاً زائداً على الثلاث ، فكذلك القول في خيار الشرط [٥].

---

(١) لم أجده في كتب الآثار التي وقفت عليها ، وإنما ذكره السرخسي في المبسوط (٤١/١٣) ، والزيلعي في نصب الراية ٨/٤ . والعيني في البناية ٧٧/٧ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٤/٤ . فتح القدير ٢٧٨/٦.

(٣) نصب الراية ٨/٤

(٤) انظر : إعلاء السنن ٤٢/١٤

(٥) انظر : فتح القدير ٢٧٨/٦ . شرح الزركشي ٤٠٢/٣ . شرح منتهى الإرادات ٣٧/٢.

الدليل الخامس :

القياس على خيار العيب والرؤية ، فكما أن الزيادة على ثلاثة أيام تجوز في هذين الخيارين ، فكذلك يجب أن يكون في خيار الشرط [١].

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن المدة تكون بقدر الحاجة : أن خيار الشرط شرع للحاجة ، لكي يتمكن العاقد من التأمل في المبيع واختباره واستشارة من يثق برأيه وخبرته ، فإذا كان الأمر كذلك وجب أن تكون هذه المدة محدودة بقدر ما يتأمل فيه المبيع ويختبر ، فالحاجة لابد أن تكون معتبرة عند تقدير المدة ، وذلك يختلف باختلاف المبيعات والسلع . ولا ريب أن تقدير المدة بثلاثة أيام لا تدفع هذه الحاجة كما في بعض صور المبيع [٢].

نوقش : أن هذا التقدير لمدة الخيار غير منضبط ، لأنه منوط بالحاجة ، والحاجة أمر خفي لا يمكن أن يطلع عليها أحد ، وما كان هذا شأنه فإنه لا يصح ربط الحكم به [٣].

الراجـــح :

الذي يظهر لي رجحانه من هذه الأقوال هو القول الثاني ، والذي يقضي بأن مدة الخيار يخضع تقديرها إلى ما يتفق عليه العاقدان ، إذ لا دليل يمنع من ذلك. ومعلوم أن الأصل في المعاملات الحل ، وأن العقد شريعة المتعاقدين ، فيجب الوفاء به على أي صفة جاء ، مادام أنه لم يشتمل على ما حرم الله ورسوله ﷺ .

---

(١) انظر : المبسوط ٤١/١٣.

(٢) انظر : الذخيرة ٢٥/٥ .

(٣) انظر : الشرح الكبير ٢٨٥/١١ ، المبدع ٦٧/٤.

المبحث الثالث

الرجوع بسبب خيار الغبن[١]

إذا غبن أحد العاقدين غبناً يسيرا . فإن الفقهاء قد اتفقوا على أن هذا الغبن لا أثر له [٢]، فلا يكون للمغبون في هذه الحالة حق في الرجوع والمطالبة بفسخ العقد . أما إذا كان الغبن فاحشاً[٣]. فإن الفقهاء قد اختلفوا في صحة العقد

---

(١) الغبن في اللغة : الغلب والخدع والنقص . يقال : غبنه فانغبن ، وغبن (بالبناء للمفعول) فهو مغبون أي منقوص من الثمن وغيره . قال ابن السكيت : وأكثر ما يستعمل في الشراء والبيع بالفتح . وفي الرأي بالإسكان .

وغبن في البيع والشراء غبنا وغبينة اي غلبه . وفي القاموس : غبنه في البيع : خدعه ..

انظر : لسان العرب مادة (غبن) (١٣ ٣٠٩). القاموس المحيط مادة (غبن) (٢/٢ ١٦٠).

وفي الاصطلاح : عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله إذا اشتراها كذلك .

انظر : حاشية ابن عابدين ١٥٩/٤ . حاشية الدسوقي ٢٢٧/٤ ، فتح الباري ٣٣٨/٤.

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٢٧٢/٤ ، حاشية ابن عابدين ١٥٩/٤، القوانين الفقهية ٢٣٠ ، مواهب الجليل ٤٠٢/٦، روضة الطالبين ١٢٨/٣ . فتح الباري ٣٣٨/٤ ، المغني ٣٦/٦ ، الانصاف ٣٩٤/٤ ، منار السبيل ٣١٨/١.

(٣) اختلف الفقهاء في ضابط اليسير والفاحش على ثلاثة أقوال :

القول الأول : الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، واليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين.

وهو قول الحنفية .

القول الثاني : الفاحش مقدر بالثلث . واليسير ما دون ذلك .

وهو المشهور عند المالكية .

القول الثالث : الفاحش ما لا يتغابن الناس فيه عادة . واليسير ما كان معتاداً .

وهو قول للمالكية ، وقول الشافعية والحنابلة .

والأقرب : أنه راجع إلى تقدير الخبراء . فما زاد عن العادة وخرج عنها كان فاحشاً ، وإن كان معتاداً فهو اليسير . لأنه لم يرد في الشرع تقديره ، وليس له في اللغة حد فيرجع إلى العرف ، ويتسامح في اليسير لمشقة التحرز . =

وعدمها من جهة ، وفي استحقاق المغبون الرجوع عن العقد بسبب الغبن من جهة أخرى ، وجاء اختلافهم في ذلك على خمسة أقوال :

القول الأول : أنه يثبت الخيار لمن غبن بين إمضاء العقد أو فسخه .

وهو قول الحنابلة (١).

جاء في المغني : ويثبت الخيار في البيع للغبن " (٢).

القول الثاني : أن البيع يلزمه ، فلا يكون له حق في الفسخ .

وهو قول الحنفية في ظاهر الرواية (٣)، وقول الشافعية (٤).

جاء في حاشية ابن عابدين : " لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية " (٥)، وجاء في روضة الطالبين : " مجرد الغبن لا يثبت الخيار وإن تفاحش "(٦).

القول الثالث : أن البيع يبطل مع الغبن مطلقاً .

وهو قول الظاهرية (٧).

القول الرابع : التفصيل . وهو قول المالكية (٨).

ـ أن يكون البيع وقع على وجه المكايسة، فالمعتمد عندهم عدم الرد بالغبن.

= انظر : حاشية ابن عابدين ١٥٩/٤ ، حاشية الدسوقي ٢٢٧/٤ ، حاشية الخرشي ٥٣٦/٥ . فتح الباري ٣٣٨/٤ ، تكملة المجموع ٣٢٦/١٢ ، المغني ٣٦/٦ ، الإنصاف ٣٩٤/٤ — ٣٩٥ .

(١) انظر : المغني ٣٦/٦ ، الإنصاف ٣٩٤/٤ ، كشاف القناع ٢٤٤/٣ .

(٢) ٦ ٣٦ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٢٧٢/٤ ، حاشية ابن عابدين ١٥٩/٤.

(٤) انظر: روضة الطالبن ١٢٨/٣ . شرح مسلم للنووي ١٧٧/١٠ ، تكملة المجموع ٣٢٦/١٢.

(٥) ٤ ١٧٩ .

(٦) ٣ ١٢٨ .

(٧) هكذا نسبه ابن حزم لداود . انظر : المحلى ٣٦٣/٧.

(٨) انظر : الإشراف ٥٢٥/٢ ، مواهب الجليل ٤٠٣/٦ ، حاشية الدسوقي ١٢٨/٣ .

ـ أن يكون البيع وقع على وجه الاستسلام ، فيرد بالغبن في هذه الحالة ولو بأقل من الثلث .

جاء في حاشية الدسوقي : " محل عدم الرد بالغبن إذا وقع البيع على وجه المكايسة ، وأما إن وقع على وجه الاستسلام بأن أخبره بجهله أو استأمنه فإنه لا يرد "(١).

القول الخامس : التفصيل ـ أيضاً ـ ، وهو قول ابن حزم (٢).

ـ إن اشترط المشتري السلامة فهو بيع مفسوخ .

ـ إن لم يشترط السلامة ووقع الغبن عليه ولم يعلمه ، فهو بالخيار بين إمضاء العقد أو رده .

ـ إن علما بقدر الغبن ، وتراضيا جميعاً به ، فهو عقد صحيح .

جاء في المحلى : فمن غبن في بيع اشترط فيه السلامة فهو بيع مفسوخ .... وأما إذا علم بقدر الغبن كلاهما وتراضيا جميعاً به فهو عقد صحيح ... ، وأما إذا لم يعلما أو أحدهما بقدر الغبن ولم يشترطا السلامة ولا أحدهما فله الخيار إذا عرف في رد أو إمساك "(٣).

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بثبوت الخيار في الرجوع للمغبون بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (٤).

---

(١) انظر : ١٢٨/٣

(٢) انظر : المحلى ٣٦٣/٧ .

(٣) ٣٦٣/٧

(٤) سورة النساء : آية (٢٩).

وجه الدلالة :

دلت الآية على أن أكل أموال الناس بالباطل محرم ، والغبن الفاحش المخالف للعادة من أكل أموال الناس بالباطل ، وبثبوت حرمته يكون البيع متوقفاً على رضا المغبون ، إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه [١].

الدليل الثاني :

قوله ﷺ لمن يخدع في البيوع : إذا بايعت فقل : لا خلابة ، ثم أنت بالخيار.. [٢].

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ أثبت لهذا الرجل الذي يخدع ويقع عليه الغبن الخيار ، مما يدل على أن الغبن سبب من أسباب الرجوع في البيع [٣].

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه :

الأول : أن النبي ﷺ إنما جعل الخيار لهذا الرجل لضعف في عقله ، ولو كان الغبن يملك به الفسخ لما احتاج إلى شرط الخيار ، ومما يؤيد أنه كان في عقله ضعف ما رواه أنس : أن رجلا على عهد رسول الله كان يبتاع وفي عقدته ضعف [٤]"، أي في رأيه ونظره في مصالح نفسه"، وكذلك ما رواه محمد بن يحيى بن حبان قال : هو جدي منقذ بن عمرو ، وكان رجلاً قد أصابته آفة في رأسه فكسرت

---

(١) انظر : المغني ٣٦/٦ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : المغني ٣٦/٦ .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب في الرجل يقول في البيع لاخلابة ٢٨٢/٣ . والنسائي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب الخديعة في البيع ٢٥٢/٧ ، والترمذي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب ما جاء ممن يخدع في البيوع (٥٥٢/٣) ، وابن ماجه في سننه ـ كتاب الأحكام ـ باب الحجر على من يفسد ماله (٢ ٧٨٨).

لسانه ونازعته عقله ، وكان لايدع التجارة، ولا يزال يغبن "[١]. وبهذا يتبين أنه لا يصح الاستدلال بمثل هذه القصة على ثبوت الخيار لكل مغبون وإن كان صحيح العقل ، ولا على ثبوت الخيار لمن كان ضعيف العقل إذا غبن ولم يقل هذه المقالة[٢].

يجاب على هذه المناقشة : أنه ليس في هذا دليل على عدم ثبوت الخيار إذا لم يقل تلك المقالة . لأن أمر النبي ﷺ للرجل بقول تلك المقالة كان لأجل أن لا يتنازع في إثبات حقه في الخيار فيما لو لم يقل ذلك ، وهذا توجيه وجيه . فالشرط لم يكن إلا لرفع النزاع المتوقع . وهو في ذلك كما لو اشترى أحد شيئاً ولم يشترط السلامة من العيب ، ثم تبين له بعد ذلك أن هذا الشيء معيب ، فإن له رده وإرجاعه إلى صاحبه مع أنه لم يشترط ذلك حين العقد .

الثاني : أن هذه القصة واقعة عين وحكاية حال ، لا يصح دعوى العموم فيها[٣].

يجاب على هذا الوجه من المناقشة : بأن القول أنها واقعة عين وحكاية حال لا يصح دعوى العموم فيها غير مسلم به ، إذ إن الأصل في خطاب الشارع العموم، ولا يقال بالتخصيص إلا بدليل .

الثالث : أن الخديعة في قصة هذا الرجل ترد عليها عدة احتمالات ، فيحتمل أنها كانت في العيب . ويحتمل أنها كانت في الكذب ، وكذلك في الغبن

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه ـ كتاب الأحكام ـ باب الحجر على من يفسد ماله (٢ ٧٨٩)، والدار قطني في سننه ـ كتاب البيوع ـ (٥٥/٣).

(٢) انظر : شرح الزرقاني على الموطأ ٣٤٢/٣ . مواهب الجليل ٤٠٣/٦ ، شرح النووي ١٧٧/١٠.

(٣) انظر البحر المحيط ٤٠٥/٣ . إرشاد الفحول ١٦٢ .

بالثمن ، فلا يصح أن يحتج بها في مسألة الغبن بخصوصها مع ورود هذه الاحتمالات [١].

يناقش : أن دلالة هذه القصة على الغبن بالنص ، فقد جاء في بعض روايات هذا الحديث التصريح بأنه كان يغبن في البيوع.

الدليل الثالث :

القياس على ثبوت الخيار في تلقي الركبان بجامع الغبن في كل منهما ، فكما أنه يثبت الخيار للبائع ـ في تلقي الركبان ـ إذا أتى السوق ، فكذلك الحكم في كل من غبن لتحقق العلة فيه ، لأن البائع المتلقى قبل أن يأتي إلى السوق كان جاهلاً بقيمة السلع ، فيكون الشراء منه والحال هذه إضراراً به وغبناً له فكان له الخيار [٢].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بلزوم العقد مع الغبن ، فلا يكون للمغبون خيار في الرجوع بما يلي :

الدليل الأول :

القياس على بيع غير المسترسل ، بجامع أن البيع في كل منهما وقع عن تراض ، وليس هناك ما يثبت الخيار [٣].

يناقش : أن القياس على بيع غير المسترسل قياس مع الفارق ، لأن غير المسترسل دخل على بصيرة بالغبن ، فهو كالعالم بالعيب ، بخلاف المغبون فإنه لا معرفة له بذلك ، فتكون حقيقة التراضي من جهته معدومة .

---

(١) انظر : عارضة الأحوذي ٦ ٨ ، فتح البارى ٣٣٨/٤.

(٢) انظر : المغني ٣٦/٦ ، مجموع الفتاوى ٣٥٩/٢٩ ، ٣٦٠ . فتح الباري ٣٧٤/٤.

(٣) انظر : المغني ٣٦/٦ .

الدليل الثاني :

قياس الغبن الفاحش على الغبن اليسير ، بجامع أن البيع في كل منهما وقع عن تراض ، فكما أن الغبن اليسير لا يوجب الخيار للمغبون ، فكذلك القول في الغبن الفاحش [١].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الغبن اليسير يشق التحرز منه غالباً ، وهو مما يتسامح الناس به في العادة .

الدليل الثالث :

أن العاقد المغبون قد فرط ، حيث إنه لم يتريث ويراجع أهل الخبرة قبل أن يقدم على التعاقد ، ومن كان هذا شأنه يلزم البيع في حقه ، فلا يكون له الخيار في الرجوع [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : لا دليل على أن المغبون يعاقب نتيجة تفريطه بفوات حقه بالخيار. لأن العقد له شروط وأركان لابد من توافرها ، والعقد مع الغبن قد اختل أحد شروطه وهو الرضا .

الثاني: لا يسلم بتفريط المغبون . لأن إلزام المشتري بالسؤال عن كل ما يريد شراءه ، فيه تضييق عليه وتعطيل لمصالحه ، والشريعة قائمة على رفع الحرج عن المكلفين في جميع أمورهم .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون ببطلان البيع مع وجود الغبن مطلقاً ، حتى إن علم بـــه

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٣ ١٢٨ . المبدع ٤ ٧٩.

المتبايعان مع الرضا : بأن شراء السلعة بأكثر من قيمتها يعتبر من إضاعة المال ، وهو أمر محرم ، وبسبب حرمته يبطل العقد [1].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن القول بأنه من إضاعة المال غير مسلم ، لأن العاقد إذا علم بقدر الغبن وطابت به نفسه ، فإن هذا لا يعد من إضاعة المال ، بل يدخل في أبواب الإحسان ووجوه البر .

الثاني : لو سلمنا أن هذا من باب إضاعة المال ، فإن ذلك لا يقتضي فساد العقد وبطلانه ، لأن الحرمة لا ترجع إلى ذات المنهي عنه ولا إلى وصف من أوصافه ، وإنما ترجع إلى أمر خارج عنه ، ونظير هذا حرمة الإسراف ، فإنها لا تقتضي فساد البيع ، لكونها لا ترجع إلى ذات البيع ولا إلى وصف من أوصافه . وإنما تعلقت بأمر خارج عنه .

أدلة القول الرابع :

استدل المالكية على ما ذهبوا بما يلي :

أولاً : استدلوا على القول: إن البيع إذا وقع على جهة المكايسة فإنه لا يثبت الرجوع بالغبن ، بأن البيع وقع عن رضا المتبايعين ولا سبب يوجب الرجوع ويعطي المغبون حق الفسخ [2].

يناقش : أن البيع وإن وقع على جهة المكايسة إلا أنه لا يمنع من أن يقع المشتري في غبن فاحش ، لعدم علمه بحقيقة أثمان السلع ، وقد ثبت بالأدلة الصحيحة أن الغبن موجب للخيار متى تحقق وقوعه .

---

(١) انظر : المحلى ٣٦٣/٧ .

(٢) انظر : حاشية الدسوقي ٢٢٧/٤.

ثانياً : واستدلوا على القول : إن البيع إذا وقع على جهة الاستسلام ووجد فيه الغبن ، بأن هذا يعتبر غشاً وخديعة وخيانة، فيكون للمغبون في هذه الحالة الخيار في الرجوع عن العقد [١].

أدلة القول الخامس :

استدل ابن حزم على ما ذهب إليه من القول بالتفصيل بما يلي :

أولاً : استدل على القول . إن البيع إذا اشترط فيه المشتري السلامة ووقع الغبن فيه ولم يعلمه المشتري أنه ينفسخ : بأنه بيع وقع على خلاف الذي عقد عليه، فلا يكون عن تراض ، بل يكون من باب أكل أموال الناس بالباطل ، وهذا محرم ، فيكون مال المغبون الذي صار بيد البائع بحكم هذا البيع واجب الرد ، لأن المغبون غير راض بإقباضه هذا المال . فيكون حكمه حكم الغصب ، فتنسحب إليه جميع أحكام الغصب [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : القول بأن الرضا قد اختل بسبب الغبن قول صحيح ، ولكن يمكن جبر هذا الخلل الواقع على الرضا وذلك بإعطاء العاقد المغبون الخيار في الرجوع عن البيع باسترجاع الثمن الذي بذله في السلعة ، ويكون الرضا بذلك قد تحقق ، فيصح البيع بعد ذلك ويلزم .

الثاني : أن كون مال المغبون حراماً لا يقتضي فساد البيع وبطلانه ؛ لأن النهي إنما يقتضي فساد المنهي عنه إذا رجع إلى ذات المنهي عنه أو إلى وصف من أوصافه ، لا إن رجع إلى أمر خارج عنه .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : المحلى ٣٦٣/٧.

ثانياً : استدل على القول : إنه يثبت الخيار في البيع إذا لم يشترط المشتري فيه السلامة ، ووقع عليه الغبن ولم يعلمه : بأن البيع وقع سالماً في الجملة ، فهو بيع صحيح ، وحديث حبان يدل على إثبات الخيار [١].

الراجـــح :

القول الذي تبين لي رجحانه من هذه الأقوال هو القول الأول ، بأنه يثبت للمغبون الخيار بين الإمضاء والفسخ ، لدلالة الآية الكريمة على أن الغبن من أكل أموال الناس بالباطل وليس من التراضي ، ولأن القياس الصحيح على تلقي الركبان يقتضي إثبات الخيار ، حيث أثبت لرب السلعة الخيار إذا نزل السوق وعلم بحقيقة الحال ، ولأن الأصل في بيوع المسلمين السلامة من جميع صور الغبن . ومتى ثبت خلاف ذلك لزم الرجوع إلى هذا الأصل وذلك بإعطاء المغبون الخيار ، ولأن في القول بلزوم البيع وعدم استحقاقه الرجوع ضرراً على المشتري ، ومن قواعد الشريعة المقررة أن " الضرر يزال " ، ولا طريق إلى إزالة الضرر إلا بإعطاء المغبون الخيار .

---

(١) انظر المحلى ٣٦٣/٧.

المبحث الرابع

الرجوع بسبب خيار العيب [١][٢]

إذا كان المشتري عالماً بالعيب وقت العقد فلا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يثبت له الخيار ، وذلك لرضاه بالعيب ، فقد دخل البيع وهو عالم بهذا العيب ،

---

(١) العيب في اللغة : الوصمة والنقيصة . والجمع أعياب وعيوب . ورجل عياب وعيابة وعيب : كثير العيب، يقال: عيب الشيء فعاب-: إذا صار ذا عيب فهو معيب .
انظر : لسان العرب مادة (عيب) (١٢٤/٢ ـ ١٢٥). القاموس المحيط مادة (عيب) (١٠٥ ٢)
واصطلاحاً : ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاً ناله تأثير في ثمن المبيع .
انظر : فتح القدير ٢٢٧/٦ . بداية المجتهد ١٢٤٤/٣ . الوجيز ١٤٢/٢ ، المطلع ٢٣٦.

(٢) واختلف الفقهاء في ضابط العيب المثبت والموجب للخيار على ثلاثة أقوال :
القول الأول : هو الذي ينقص عين المعقود عليه أو منفعته أو قيمته نقصاً يفوت به غرض صحيح .
وهو قول الحنفية . والشافعية .
القول الثاني : هو الذي ينقص مالية المبيع عقارا كان أم منقولاً .
وهو قول الحنابلة والظاهرية .
القول الثالث . يختلف بحسب المعقود عليه . فإن كان منقولاً ثبت الرد بكل عيب ينقص العين أو المنفعة أو القيمة ، سواء كان قليلاً أو كثيرا . وإن كان عقاراً ، فإن كان العيب كثيرا كصدع جدار يخشى منه على سلامة الدار ثبت به الرد . وإن كان متوسطاً لا يثبت به حق الرد ، وإن كان يسيراً كذلك . وهو قول المالكية .
والأقرب القول الأول والثاني لأن مدارهما على أمر واحد هو نقص وفوات غرض صحيح له أثر على مالية المبيع ، والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة وأرباب التجارة .
انظر: تبيين الحقائق ٣١/٤ . فتح القدير ٣٢٩/٦ . مواهب الجليل ٣٤٦/٦ ، حاشية العدوي ٤٩٥/٥ ، المهذب ٤٩/٢ . روضة الطالبين ١٢٢/٣ . المغني ٢٣٥/٦ ، الانصاف ٤٠٥/٤ . المحلى ٥٨٢/٧ .

فكان دخوله على بصيرة [١]. واتفقوا ـ أيضا ـ على أنه إذا لم يكن عالما بالعيب وتم الشراء ، فإن له الخيار بين رد المبيع وإمساكه [٢]، واستدلوا بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم "[٣].

وجه الدلالة :

أن الآية الكريمة بينت أن الرضا شرط لصحة البيع ، وأن البيع قائم على الرضا من الجانبين ، فإذا عدم الرضا أو اختل فإنه يؤثر على البيع إما إبطالاً أو ينقله من اللزوم إلى الجواز . فالمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً ـ لم يعلم به وقت العقد ـ ولم يرض به . فإنه إن منع من إرجاعه ولم يعط حق الخيار ، فيكون حينئذ قد ألزم بما لم يرض. فلا يصح هذا العقد ، لذا لزم أن يعطي الخيار بين الإمضاء والفسخ [٤].

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : " من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر " [٥].

---

(١) انظر : المبسوط ١٣/ ١٠٣ . تبيين الحقائق ٤/ ٣١ . فتح القدير ٦/ ٣٢٧ ، الإشراف ٢/ ٥٤٩. الذخيرة ٥/ ٦١ ، مواهب الجليل ٦/ ٣٤٤ . المهذب ٢/ ٤٩ ، الوسيط ٣/ ٢١٩ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٢٥ ، المغني ٦/ ٢٢٥ ، المبدع ٤/ ٨٧ ، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٥ ، المحلى ٧/ ٥٧٤ .

(٢) المصادر السابقة .

(٣) سورة النساء : آية (٢٩).

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٤/ ٣١ . بداية المجتهد ٣/ ١٢٤٤ ، المحلى ٧/ ٥٧٤.

(٥) أخرجه البخاري في ـ كتاب البيوع ـ باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم (٣/ ٩٢)، ومسلم في ـ كتاب البيوع ـ باب حكم بيع المصراة (٣/ ١١٥٥).

وجه الدلالة :

أن الخيار في هذا الحديث لما ثبت بفوات صفة الكمال التي غرر بها المشتري بفعل البائع ، فلأن يثبت بوجود العيب أولى [١].

الدليل الثالث :

ما روى عن عائشة : أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصم بائعه إلى الرسول ﷺ فرده عليه ، فقال البائع : يارسول الله قد استغل غلامي ، فقال : الخراج بالضمان [٢].

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث ظاهر الدلالة على ثبوت خيار العيب ، فمتى وجد المشتري في المبيع عيباً كان له الحق في رده على بائعه . فالمشتري ـ في هذا الحديث ـ لما وجد في الغلام عيباً رفع الأمر للرسول ﷺ فحكم له برده على بائعه [٣].

الدليل الرابع :

أن الأصل في العقود السلامة من العيب ، فالمشتري يقدم على المعقود عليه وهو يقصد سلامته من العيوب ، فمتى فات بعض مقتضى العقد لم يلزمه أخذه بالعوض ، وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً ، فهو لم يبذل الثمن إلا ليسلم له مبيعاً سليماً . فلما لم يكن ذلك استحق الرجوع بالثمن [٤].

---

(١) انظر : بداية المجتهد ١٢٤٤/٣ ، المغني ٢٢٥/٦ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٢٨٢/٣) ، وابن ماجه في سننه ـ كتاب الإجارات ـ باب الخراج بالضمان (٧٥٤/٢) ، وابن حبان في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب خيار العيب (٢٩٨/١١)

(٣) انظر : فتح القدير ٣٢٨/٦ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٣١/٤ ، المهذب ٤٩/٢ ، المغني ٢٢٥/٦ ، ٢٢٦ .

وبعد أن اتفق الفقهاء على مشروعية حيار العيب ، اتفقوا ـ كذلك ـ على أن المشتري له حق إمساك المبيع مع الرجوع بأرش[١] النقص إذا تعذر الرد [٢]، أما إذا لم يتعذر الرد فقد اختلفوا في ذلك على قولين :

القول الأول : أن المشتري بالخيار بين أن يرد المبيع أو يمسكه بلا أرش، فليس له الإمساك مع الرجوع بأرش النقص .

وهو قول الحنيفة [٣]، والمالكية[٤] ، والشافعية [٥]، والظاهرية[٦] .

جاء في الهداية : " وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان "[٧]. وجاء في المقدمات : " فإن المبتاع فيه باخيار ، بين أن يرد ويرجع بجميع الثمن . أويمسك ولا شيء له من الثمن " [٨]، وجاء في روضة الطالبين :" ليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويطالب بالأرش " [٩]، وجاء في المحلى :" إن وجد عيباً فهو مخير بين إمساك

---

(١) الأرش في اللغة : الخدش . ثم قيل لما يؤخذ دية للجروح ، ومن معانيه . ما يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع .
انظر :لسان العرب مادة (أرش) (٦ ٢٦٥).
وفي الاصطلاح . هو ما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس .
انظر : حاشية ابن عابدين ٥ ٣٦٨ . حاشيتي قليوبي وعميرة ٨٣/٣ .

(٢) انظر : المبسوط ١٠٣/١٣ . الفتاوى الهندية ٦٦/٣ ، المهذب ٢ ٥٣ ، روضة الطالبين ١٣٠/٣، مواهب الجليل ٦ ٣٤٤ . حاشية الخرشي ٤٩٦/٥ ، المغني ٢٢٩/٦ ، كشاف القناع ٢٥٣/٣.

(٣) انظر : فتح القدير ٣٢٧/٦ . البحر الرائق ٥٩/٦ ، حاشية ابن عابدين ٧١/٤.

(٤) انظر : المقدمات ١٠٢/٢ . مواهب الجليل ٣٤٤/٦ ، حاشية الخرشي ٤٩٦/٥.

(٥) انظر : روضة الطالبين ٣ ١٣٦ . مغني المحتاج ٢ .٤٣٦ ، فتح الجواد ٤١٢/١ .

(٦) انظر : المحلى ٥٧٤/٧

(٧) ٣٢٧/٦ .

(٨) ١٠٢/٢.

(٩) ١٣٦/٣.

أو رد ، فإن أمسك فلا شيء له . وليس له أن يمسك ما اشترى ويرجع بقيمة العيب"[١].

القول الثاني : أن المشتري بالخيار بين أن يرد المبيع ، أويمسكه ويرجع على البائع بأرش النقص .

وهو قول الحنابلة [٢].

جاء في المغني : " إذا اختار المشتري إمساك المعيب وأخذ الأرش فله ذلك"[٣]

أدلة الأدلة الأول :

استدل القائلون : بأن المشتري ليس له الإمساك مع الرجوع بأرش النقص بما يلي:

الدليل الأول :

" ما روي عن عائشة أن رجلاً ابتاع غلاماً ...فرده عليه ..." [٤].

وجه الدلالة :

دل الحديث على أن المشتري له حق الرد بالعيب ، وليس له الإمساك مع الرجوع بأرش النقص ، وذلك أن الرسول ﷺ قضي برد الغلام المعيب ، ولم يبين للمشتري أن له الإمساك مع الرجوع بأرش النقص ، ولو كان له ذلك لبنيه ، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فدل ذلك على أن المشتري له حق الرد بالعيب ، وليس له الإمساك مع الرجوع بأرش النقص [٥].

---

(١) ٥٧٤/٧.

(٢) انظر : المغني ٢٢٩/٦ ، المبدع ٨٧/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٤٥/٢ .

(٣) ٢٢٩/٦ .

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) انظر : نيل الأوطار (٢٢٦/٥).

يناقش : أن لا وجه للاستدلال بهذا الحديث على عدم صحة الإمساك مع الرجوع بأرش النقص ، فالحديث ليس فيه طلب بيان الحكم في هذا البيع الذي وقع فيه العيب ، وإنما الذي جاء فيه رغبة المشتري برد المعيب ، فحكم له النبي ﷺ بذلك .

الدليل الثاني :

ما روي في حديث المصراة [١].

وجه الدلالة :

أن النبي بين أن المشتري إذا رضي بالمصراة أمسكها ، ولم يذكر أحقية المشتري في الرجوع بأرش النقص على البائع ، فدل ذلك على أن المشتري إذا وجد عيباً في المبيع فإن له حق الإمساك أو الرد ، فلاحق له بالإمساك مع الرجوع بأرش النقص كالخيار في التصرية [٢].

يناقش : أن قياس خيار العيب على خيار التصرية مع الفارق ، لأن ماجاء في التصرية ليس بعيب، وإنما ملك المشتري الخيار بسبب التدليس ، لا لفوات جزء، ولذلك فإنه لا يستحق أرشاً إذا أراد الإمساك ، بخلاف الخيار بسبب العيب، فإنه لفوات جزء ، فكان له إذا أراد الإمساك أن يرجع بأرش النقص .

الدليل الثالث :

قوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار "[٣].

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : المقدمات ١٠٢/٢.

(٣) تقدم تخريجه .

وجه الدلالة :

دل الحديث على النهي عن إيقاع الضرر بالغير ، وإمساك المعيب مع الرجوع بأرش النقص ضرر على البائع ، وذلك لأن البائع ما رضي بإخراج المبيع عن ملكه إلا بالثمن الذي قبضه فيه ، فإذا ألزم بالبيع مع رد أرش النقص فإنه سيتضرر بذلك ؛ فالخيار وإن كان لدفع الضرر عن المشتري فإنه لا ينبغي أن يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر [١].

يناقش هذا الاستدلال :

أنه لا ضرر على البائع في ذلك ، لأن كلا المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض ، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض ، ومع العيب فات جزء منه ، فيرجع ببدله وهو الأرش .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون . بأن المشتري له أن يمسك المبيع ويرجع على البائع بأرش النقص بما يلي :

الدليل الأول :

قياس الرجوع على البائع بأرش النقص على ما إذا وجد عدد المبيع ناقصاً ، فلو اشترى ــ مثلاً ــ عشرة كتب فوجدها تسعة ، فلا خلاف في أن له المطالبة بقيمة العاشر ، فكذلك هنا . بجامع فوات جزء من المبيع في الكل [٢].

الدليل الثاني :

أن المبيع يساوي في نظر المتعاقدين الثمن المتفق عليه بينهما ، فإذا ما ظهر في المبيع عيب تبين أن هناك جزءا من الثمن لا يقابله عوض ، والعدالة تقتضي

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٣١/٤ . فتح القدير ٣٢٨/٦.

(٢) انظر : المغني ٢٢٩/٦ . مجموع الفتاوى ٣٦٦/٢٩ .

تعويض المشتري عما وجده من عيب ، وهو أرش النقص ، لأن البائع إذا لم يكن عالماً بالعيب فإن ما قبضه من الثمن في مقابل السليم لا في مقابل المعيب ، فلما ظهر العيب وجب على البائع رد ما أنقصه العيب من ثمن المبيع إحقاقاً للحق"[١].

الراجح :

الراجح في نظري من هذين القولين هو القول الثاني ، وذلك لما استدل به القائلون بثبوته من أدلة ، وسلامتها من المناقشة . في حين أن أدلة أصحاب القول الأول لم تخل من مقال ، ولم تنفك عن المناقشة ، وأن هذا هو مقتضى العدل ، وهو أن يكون العوض في مقابلة المعوض ، فإن فات من المعوض شيء رجع المشتري ببدله وهو أرش النقص .

---

(١) انظر : مطالب أولي النهى ٣/١١١ ، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٦ .

المبحث الخامس

الرجوع بسبب خيار التدليس [١]

المطلب الأول

التدليس القولي

وهذا الفرع من التدليس تندرج تحته ثلاث صور ، لكل واحدة منها حكم خاص ، لذا فسأتكلم عن هذه الصور الثلاث مبيناً مدى ثبوت الخيار فيها ، واستحقاق من وقع عليه التدليس في الرجوع ، وذلك فيما يلي :

الفرع الأول : الخيانة في بيوع الأمانات [٢]:

---

(١) التدليس في اللغة : الغش والخداع ، يقال · فلان لا يدالسك أي : لا يخادعك ، وقد دالس مدالسة ودلاساً ودلس في البيع وفي كل شيء إذا لم يبين عيبه .

انظر : مختار الصحاح مادة (دلس)(٢٠٩)، القاموس المحيط مادة (دلس) (٧٤٩/١)، لسان العرب مادة (دلس) (٨٦/٦).

واصطلاحاً : هو إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظناً أنه في مصلحته ، والواقع خلاف ذلك .

حاشية ابن عابدين ٩٦/٤. جواهر الإكليل ٦٢/٢. مغني المحتاج ٤٥٣/٢، منار السبيل ٤١١/٢ .

(٢) الأمانة في اللغة : الاطمئنان . يقال : أمن امنا وأماناً وأمنة : إذا اطمأن ولم يخف ، ويقال: امن فلاناً على كذا : وثق به واطمأن إليه .

انظر : لسان العرب مادة (أمن)(٢١/١٣)، القاموس المحيط مادة (أمن) (١٥٤٧/٢).

وفي الاصطلاح : : يطلق على ما فيه اطمئنان من قبل البائع ، لأنه أمانة في يد المشتري، وهذا البيع يشتمل على أربعة أنواع من البيوع ، وهي :

بيع المرابحة : وهو بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم .

بيع التولية : وهو بيع السلعة برأس المال .

بيع الإشراك : وهو كبيع التولية ، إلا أنه بيع بعض البيع ببعض الثمن .

بيع الوضعية : وهو بيع السلعة بنقصان معلوم من الثمن الأول .

انظر : تبيين الحقائق ٧٣/٤. مواهب الجليل ٤٤٢/٦، حاشية قليوبي ٢٢١/٢، المغني ٢٦٣/٦

وهذا كما لو أخبر البائع المشتري في بيع المرابحة ـ مثلاً ـ أن رأس المال عشرة وربحه اثنان ، ثم تبين للمشتري بعد ذلك كذب البائع في الإخبار برأس المال وأنه لم يصدقه القول ؟ فهل يكون للمشتري الرجوع في البيع في هذه الحالة؟ أم أن العقد يبقى لازماً وتحط عنه الزيادة ؟ اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول : أن للمشتري الرجوع في البيع .

وهو قول أبي حنيفة (١) ، وقول المالكية (٢)، وقول للشافعية (٣) . والمنصوص عند الحنابلة (٤).

جاء في اللباب : " فإذا اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده " (٥)، وجاء في القوانين الفقهية : لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن . فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن فالمشتري مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرده " (٦)، وجاء في مغني المحتاج : فإن قال اشتريته بمائة وباعه مرابحة فبان أنه اشتراه بتسعين.. والثاني: يثبت الخيار " (٧)، وجاء في المبدع : والمنصوص أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح ، وبين الرد "(٨).

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٧٨/٤ ـ ٧٩ . فتح القدير ٤٦٢/٦ . اللباب ٣٤/٢.

(٢) انظر : القوانين الفقهية ٢٢٥ . مواهب الجليل ٦ ٤٤٢ . حاشية الدسوقي ٢٧٢/٤.

(٣) انظر : المهذب ٦٠/٢ . روضة الطالبين ٣ ١٩١ . فتح الجواد ٤٢١/١ . مغني المحتاج ٤٨٠/٢.

(٤) انظر : المغني ٢٦٣/٦ ، الإنصاف ٤٣٩/٤ ، المبدع ١٠٤/٤ .

(٥) ٣٤/٢ .

(٦) ٢٢٥.

(٧) ٤٨٠/٢ .

(٨) ١٠٤/٤ .

القول الثاني : أن العقد لازم ، وتحط الزيادة عنه ، ولا يكون له الخيار في الرجوع .

وهو الأظهر عند الشافعية [١]، وظاهر كلام الخرقي[٢] من الحنابلة [٣].

جاء في مغني المحتاج : " فإن قال اشتريته بمائة وباعه مرابحة فبان أنه اشتراه بتسعين بإقراره أو حجة فالأظهر أنه يحط الزيادة ، والأظهر بناءً على الحط أنه لا خيار للمشتري " [٤]، وجاء في المغني : "وظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له "[٥].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن للمشتري الرجوع عن البيع بما يلي :

الدليل الأول :

أن المشتري لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمى من الثمن ، فلا يلزم بدونه . ويثبت له الخيار لفوات السلامة من الخيانة ، كما يثبت الخيار بفوات السلامة من العيب إذا وجد المبيع معيباً [٦].

يناقش : بأن رفع الضرر ممكن بدون إثبات الخيار للمشتري ، وذلك بحط الزيادة عن المشتري ، فإثبات الخيار لا يتعين طريقاً لرفع الضرر عن المشتري، بل

---

(١) انظر : روضة الطالبين ١٩١/٣ . مغني المحتاج ٤٨٠/٢ ، وحاشيتي قليوبي وعميرة ٢٢٣/٢ .

(٢) هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي . نسبة إلى بيع الخرق ، من كبار فقهاء الحنابلة ، رحل عن بغداد لما ظهر بها سب الصحابة زمن بني أمية ، وترك كتبه في بيت ببغداد فاحترقت ولم تكن انتشرت . وبقي منها مختصره المشهور بمختصر الخرقي الذي شرح ابن قدامه وغيره . توفي سنة ٣٣٤هـ . انظر ترجمته : طبقات الحنابلة ٤٥/٢، الاعلام ٢٠٢/٥ .

(٣) انظر : المغني ٢٦٧/٦ . شرح الزركشي ٦٠٨/٣.

(٤) ٤٨٠/٢ .

(٥) ٢٦٧/٦.

(٦) انظر : المبسوط ٣٩/١٣ ، تبيين الحقائق ٧٨/٤.

أمكن رفع ذلك بغيره وهو حط الزيادة ، فتعين الأخذ به ، إبقاء للعقد على أصله وهو اللزوم .

الدليل الثاني :

أن الخيانة إذا ظهرت في الثمن الأول : فلا يأمن المشتري ظهورها في الثمن الثاني ، فأصبحت العلاقة بينهما بعد ثبوت الخيانة قائمة على الشك ، لذا كان له الرجوع عن هذا البيع [١].

يناقش : بأن هذا الاستدلال لا يعدو أن يكون احتمالاً ، فإن ظهور الخيانة في الثمن الثاني مجرد ظن لا يفسخ العقد لأجله .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بلزوم البيع ، وحط الزيادة عن المشتري : بأن الخيانة لما ظهرت تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغيت التسمية ، وبقي العقد لازماً بالثمن الباقي ، ولا موجب بعد هذا لفسخ العقد [٢].

الراجح :

الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الثاني : بأن المشتري لا حق له في الرجوع ، بل تحط عنه الزيادة ، ويكون العقد بعد ذلك لازماً، وذلك لأن الضرر الذي وقع على المشتري بالتدليس أمكن رفعه بغير الخيار ، وذلك بأن يحط عنه قدر الزيادة .

---

(١) المصدرين السابقين .

(٢) انظر : المغني ٦/٢٦٧.

الفرع الثاني : بيع النجش

إذا زاد من لا يرغب في الشراء في ثمن السلعة ـــ بالتواطؤ مع البائع ـــ ، وغرر بذلك المشتري ، وجره إلى الزيادة في ثمن السلعة ظناً منه أن هذه هي قيمتها، فهل هذا التصرف له تأثير في صحة البيع ؟ وإن صح فهل يكون للمشتري الرجوع أم أن البيع يكون لازما ؟ اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن البيع يصح مع النجش ، ويثبت للمشتري حق الرجوع.

وهو قول المالكية[٢]، وقول للشافعية[٣]، ومذهب الحنابلة [٤]، وقول ابن حزم ـ بشرط زيادة القيمة ـ [٥].

جاء في بداية المجتهد : المشتري بالخيار إن شاء أن يرد رد ، وإن شاء أن يمسك أمسك " [٦]، وجاء في مغني المحتاج : " والثاني : له الخيار للتدليس ، ومحل الخلاف عند مواطأة البائع للناجش وإلا فلا خيار جزماً " [٧]، وجاء في الإنصاف :

---

(١) النجش لغة : أصله الاستتارة . ومنه : نجشت الصيد أنجشه ـــ بالضم ـــ نجشاً : إذا استثرته . سمى الناجش في السلعة بذلك لأنه يثير الرغبة فيها ويرفع ثمنها ، وقيل : أصل النجش : الختل ، وهو الخدع ، ومنه قيل للصائد: ناجش ، لأنه يختل الصيد ويحتال له .
انظر : لسان العرب مادة نجش (٣٥١/٦).
واصطلاحاً : أن يزيد في ثمن السلعة لا لرغبة فيها ، بل ليخدع غيره ويغره ليزيد ويشتريها . وقيده البعض : بأن تكون الزيادة فوق ثمنها .
انظر : حاشية ابن عابدين ١٣٢/٤ ، حاشية الدسوقي ١١٠/٤ ، مغني المحتاج ٣٩٢/٢، المغني ٣٠٤/٦.

(٢) انظر : بداية المجتهد ١٢٣١/٣ ، مواهب الجليل ٢٥٠/٦ ، حاشية الدسوقي ١١٠/٤.

(٣) انظر : الوسيط ٦٤/٣ . المهذب ٦١/٢ ، روضة الطالبين ٧٨/٣ ، مغني المحتاج ٣٩٢/٢.

(٤) انظر : المغني ٣٠٥/٦ . شرح الزركشي ٦٤٣/٣ ، الإنصاف ٣٩٤/٤.

(٥) انظر : المحلى ٣٧٢/٧ .

(٦) ١٢٣١/٣ .

(٧) ٣٩٢/٢.

النجش : هو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ... فعلى المذهب يثبت للمشتري الخيار بشرطه ، سواء كان ذلك بمواطأة من البائع أم لا ، وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب "[١]. وجاء في المحلى : وهذا البيع إذا وقع بزيادة على القيمة فللمشتري الخيار "[٢].

القول الثاني: أن البيع صحيح ، ويلزم بالثمن المتفق عليه ، ولا حق للمشتري في الرجوع .

وهو المفهوم من قول الحنفية ـ فقد ذكروا أنه من أقسام البيع المكروه فقط[٣]، والمذهب عند الشافعية [٤].

جاء في روضة الطالبين : " فإن اغتر به إنسان فاشتراها صح البيع ، ثم لا خيار له إن لم يكن الذي فعله الناجش بموطأة من البائع ، وإن كان فلا خيار أيضاً على الأصح "[٥].

القول الثالث : أن البيع باطل .

وهو رواية للحنابلة [٦].

جاء في شرح الزركشي : " وقيل عن أحمد رواية أخرى " : أن البيع باطل"[٧].

---

(١) ٣٩٤/٤.

(٢) ٣٧٢/٧.

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٣٤٤/٥ ، فتح القدير ٤٣٧/٦ ، البحر الرائق ١٦٥/٦.

(٤) انظر : روضة الطالبين ٧٨/٣ ، مغني المحتاج ٣٩٢/٢ ، نهاية المحتاج ٤٧٠/٣.

(٥) ٧٨/٣.

(٦) انظر: المغني٣٠٥/٦ ، شرح الزركشي٦٤٣/٣. الإنصاف ٣٩٤/٤ ، كشاف القناع٤ ٢٤٣.

(٧) ٦٤٣/٣.

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بصحة البيع مع النجش ، وأن للمشتري خيار الرجوع بما يلي:

الدليل الأول :

أن الرضا قد تعيب في هذا البيع بسب وجود النجش ، ولجبر هذا الخلل الواقع في الرضا يعطى للمشتري الخيار بين إمضاء العقد وفسخه ، وبذلك يتحقق الرضا الذي هو شرط صحة البيع [١].

الدليل الثاني :

القياس على المصراة بجامع وجود التغرير والخداع في كل ، فكما أن العاقد له الخيار بتصرية المبيع لعلة التدليس فكذلك يثبت الخيار مع وجود النجش [٢].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بلزوم البيع مع وجود النجش ، بأن العاقد المتضرر قد فرط في ترك التأمل والتريث ومراجعة أهل الخبرة ، فلا يكون له الخيار في الرجوع لتفريطه [٣].

يناقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه :

الأول : لا نسلم أنه يعاقب نتيجة تفريطه ، لأن العقد له شروط وأركان لابد من توافرها ، والعقد في هذه الحالة قد اختل أحد شروطه ، وهو الرضا .

الثاني : لا نسلم أن المشتري قد فرط، لأن إلزام المشتري بالسؤال عن كل ما يريد شراؤه تضييق عليه وتعطيل لمصالحه ، فالتكليف به تكليف بما فيه مشقة .

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٧٨/٣ ، المغني ٣٠٥/٦.

(٢) انظر : المغني ٣٠٥/٦ .

(٣) انظر : المهذب ٦١/٢ ، مغني المحتاج ٣٩٢/٢ ، نهاية المحتاج ٤٧٠/٣.

الثالث : أن المشتري إذا دلس عليه كان له الخيار سواء فرط أو لم يفرط .
فكذلك ينبغي أن يقال في النجش ، بجامع التغرير والخداع في كل منهما .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون ببطلان البيع بما يلي :

الدليل الأول :

ما روي عن ابن عمر : أن النبي ﷺ نهى عن النجش" [١]، وقوله ﷺ : "ولا تناجشوا" [٢].

وجه الدلالة من الحديثين :

أنهما دلا على النهي عن النجش ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، فيكون البيع الذي وقع فيه النجش فاسداً ، لأنه منهي عنه [٣].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن كون النهي يقتضي فساد المنهي عنه غير مسلم على إطلاقه ، فإن جمهور العلماء يرون أن النهي إذا كان متعلقاً بذات المنهي عنه أو بجزئه كان مقتضياً للفساد ، أما إذا لم يتعلق بذات المنهي عنه أو بجرئه فإنه لا يقتضي الفساد[٤]. والنهي في النجش متوجه إلى الناجش لا إلى العاقد ، فالناجش أجنبي عن العقد ، فلا علاقة فيه ببطلان العقد .

---

(١) أخرجه البخاري ـ كتاب البيوع ـ باب النجش (٩١/٣) ، ومسلم ـ كتاب البيوع ـ باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١٥٦/٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم (٩٢/٣).

(٣) انظر : طرح التثريب ٦٢/٦ . بداية المجتهد ٢ ٢٣١ . المغني ٣٠٥/٦ .

(٤) انظر : المحصول ٢ ٢٩١ . البحر المحيط ٢ ٤٤٥ . إرشاد الفحول ١١٠ .

الثاني : أن النهي ليس لحق الله ، وإنما لحق الآدمي ، فلم يفسد العقد ، لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار .

الدليل الثاني :

أن في المنع من ذلك مصلحة عامة ، وما يتعلق بالمصالح العامة جاز أن يحكم بفساده [1].

يناقش : أن هذا مخالف لما اتفق عليه الفقهاء من أن الأصل في المعاملات الحل والصحة ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ، وهنا لم يثبت ما يدل على فساده وعدم صحته ، ثم إن المصلحة العامة تتحقق فيما لو حكمنا بصحته وأعطينا المشتري الخيار ، وفي هذا مراعاة لعقود المسلمين ، ومراعاة ـ أيضاً ـ للعاقد المتضرر وهو المشتري .

الراجح :

تبين لي أن القول الراجح من هذه الأقوال هو القول الأول ، أن البيع صحيح ، وللمشتري الحق في الرجوع عن البيع ، لما سبق من الأدلة ، ولأن الأصل في بيوع المسلمين السلامة من الغش والخداع والتغرير ، وإذا خولف هذا الأصل جبر بإثبات الخيار ، وينبغي أن يقيد هذا الخيار بحدوث غبن لم تجر العادة بمثله ، لأن هذا الخيار شرع لرفع الضرر ، ولا ضرر مع عدم الغبن .

---

(١) انظر : الإشراف ٥٧٢/٢.

الفرع الثالث : تلقي الركبان [١]:

إذا تلقي الركبان فاشتري منهم فهل يصح هذا الشراء ؟ وإن صح فهل يكون للركبان إذا نزلوا إلى السوق الرجوع عن البيع مطلقاً سواء غبنوا أم لا ؟ أم أن رجوعهم يقيد في حالة ما إذا غبنوا ، أم أنه لا يكون لهم الرجوع أصلاً ؟ اختلف في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : العقد صحيح وللركبان حق الرجوع إذا غبنوا .

وهو قول الشافعية [٢]، والحنابلة [٣].

جاء في مغني المحتاج : " ولهم الخيار إذا غبنوا وعرفوا الغبن ... وإن لم يغبنوا كأن اشتراه منهم بسعر البلد أو بدونه وهم عالمون فلا خيار لهم [٤]، وجاء في شرح الزركشي : " إذا تلقيت الركبان فاشتري منهم يصح البيع ، وهو المنصوص المقطوع به .. وعلى المذهب للركبان الخيار إذا هبطوا السوق ، ورأوا أنهم قد غبنوا على ظاهر الحديث وقول عامة الأصحاب ... "[٥].

---

(١) التلقي لغة : الاستقبال والمصادفة . والركبان لغة : جمع راكب ويجمع على ركب . والركب أصحاب الإبل في السفر دون الدواب وهم العشرة فما فوقها .

والركبان : الجماعة منهم

انظر : القاموس المحيط مادة (ركب) ٧٨/١ . المعجم الوسيط مادة (لقي) ٨٤٢/٢، مختار الصحاح مادة (ركب)٢٥٤ . ومادة (لقي) ٦٠٣ .

واصطلاحاً : هو أن يتلقى أهل بلد الركبان ويشترون منهم الأمتعة قبل أن تهبط الأسواق . فربما غبنوهم غبناً بيناً . وربما أضروا بأهل البلد .

انظر : الاختيار ٢٧/٢ ، الشرح الكبير ١١٣/٤ ، المهذب ٦٧/٢ ، المغنى ٣١٢/٦.

(٢) انظر : المهذب ٦٣/٢ ، روضة الطالبين ٧٦/٣ . مغني المحتاج ٣٩٠/٢.

(٣) انظر : المغني ٣١٢/٦ ، شرح الزركشي ٦٥١/٣ ، ٦٥٢ ، الإنصاف ٣٩٤/٤.

(٤) ٣٩٠/٢.

(٥) ٦٥١/٣ ، ٦٥٢.

القول الثاني : العقد صحيح ، ولا حق للركبان في الرجوع .

وهو المفهوم من مذهب الحنفية [١]، حيث ذكروه من البيع المكروه فقط ، وأيضاً : لم يجعلوا للجالب الخيار إلاإذا لبس عليه السعر ، وهو قول المالكية[٢].

جاء في حاشية الدسوقي : " ولا يفسخ هذا البيع إن وقع بل هو صحيح يدخل في ضمان المشتري بالعقد "[٣].

القول الثالث: العقد صحيح ، وللركبان الرجوع مطلقاً غبنوا أم لم يغبنوا.

وهو وجه عند الشافعية [٤] ، وقول الظاهرية [٥].

جاءَ في المهذب : "وإن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان : أن لهم الخيار.."[٦]. وجاء في المحلى : " فمن تلقى جلبا فاشتراه فإن الجالب بالخيار إذا دخل السوق متىدخله في إمضاء البيع أو رده "[٧].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن للركبان الرجوع متىنزلوا السوق وبان لهم أنهم قد غبنوا بما يلي :

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٤٤/٥ ، فتح القدير ٤٣٨/٦ ، البناية ٤٦٧/٦.

(٢) انظر : بداية المجتهد ١٢٢٩/٣ ، مواهب الجليل ٢٥٢/٦ ، حاشية الدسوقي ١١٣/٤ .

(٣) ١١٣/٤ .

(٤) انظر : المهذب ٦٣/٢ ، روضة الطالبين ٣ ٧٦ ، مغني المحتاج ٢٩٠/٢.

(٥) انظر : المحلى ٣٧٤/٧.

(٦) ٦٣/٢.

(٧) ٣٧٤/٧.

الدليل الأول :

قوله ﷺ : " لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار "(١).

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث يدل على أمرين : الأول : صحة البيع ، والثاني : إعطاء الجالب الخيار إذا أتى السوف . فإثبات الخيار للجالب دليل على صحة البيع ، إذ الخيار لا يكون إلا في بيع صحيح (٢).

الدليل الثاني :

أن النهي عن تلقي الركبان لا يرجع إلى شرط من شروط البيع ولا إلى ركن من أركانه ، وكون المتلقى عاصياً آثماً لا يلزم منه أن يكون البيع مردوداً ، لأن النهي لا يرجع إلى نفس العقد ولا يخل بشيء من أركانه وشروطه ، فغايته ومؤداه أنه ضرب من الخديعة والتدليس يمكن استدراكها بإثبات الخيار (٣).

أما وجه تقييده بالغبن فلأمرين : أحدهما : أن الخيار إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر ، ولا ضرر مع عدم الغبن ، والثاني : أن الخيار يثبت له إذا أتى السوق ، فيفهم من ذلك أن الخيار إنما شرع لدفع الغبن ، لأن معرفته بذلك تكون بعد نزوله إلى السوق ، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع (٤).

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب النهي عن تلقي الركبان (٣/٩٥)، ومسلم في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب تحريم تلقي الجلب (٣/١١٥٧).

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢/٣٩٠ . المحلى ٧/٣٧٦.

(٣) انظر : المغني ٦/٣١٣ . كشاف القناع ٣ ٢٤٥.

(٤) المصدرين السابقين .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بلزوم البيع : بما روي عن ابن عمر أنه قال : كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام ، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى نبلغ به سوق الطعام "[١].

وجه الدلالة :

أن الحديث يقضي بمنع المشتري أن يبيع ما اشتراه حتى يبلغ به سوق الطعام، وهذا يدل على صحة البيع في تلقي الركبان ولزومه ، إذ لو كان باطلاً أو كان هناك خيار لأرشدهم إليه ودلهم عليه[٢].

يناقش : بأن الخيار المسكوت عنه في هذا الحديث مصرح به في حديث : "فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار " ، وعليه فإن الخيار ثابت للجالب بمجرد مجيئه السوق إذا تحقق وقوع الغبن عليه ، وإلا فلا .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بثبوت الخيار للمتلقى مطلقاً ـ غبن أم لم يغبن ـ بظاهر الأحاديث المثبتة للخيار ، فإنها لم تتقيد بشيء ، فثبت له الخيار سواء حصل غبن أم لا [٣].

يناقش : أن هذا الخيار إنما شرع لدفع الضرر عن الركبان الذين في غالب أحوالهم يجهلون أسعار السوق . فيقعون في الغبن ، فكان لهم الخيار ليدفعوا عن

---

(١) . أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن لا يبيعه حتى يؤديه إلى رحله (٩٠/٣). ومسلم في صحيحه ـ كتاب البيوع ـ باب بطلان بيع المبيع قبل قبضه (١١٦١/٣).

(٢) انظر : بداية المجتهد ١٢٢٩/٢.

(٣) انظر : شرح مسلم للنووي ١٦٣/١٠ ، فتح الباري ٣٧٤/٤.

أنفسهم مغبة الغبن . أما إذا لم يغبنوا فلا وجه لإعطائهم حق الفسخ والرجوع ، لأن الخيار ناقل عن الأصل - وهو اللزوم في عقد البيع - ، فلا يكون إلا بوجود موجب أو مسوغ لذلك ، فلما لم يكن شيء من ذلك لزم البيع ، ولم يكن لهم الرجوع .

الراجــح :

تبين لي بعد عرض أدلة الأقوال ، ومناقشة ما احتاج منها إلى المناقشة ، رجحان القول الأول : أن الخيار يثبت للركبان إذا نزلوا السوق وبان لهم أنهم قد غبنوا ، لدلالة النص على ذلك ، ولأن بالقول به تتحقق مصلحتان : الأولى : منع الخديعة ودفع الضرر عن الجالب ، لأنه يجهل سعر البلد ، فربما حصل له غبن من المتلقي ، والثاني : رفع الضرر عن أهل السوق ؛ لأن المتلقي قد ينفرد برخص السلعة دون غيره .

المطلب الثاني

التدليس الفعلي

إذا غرر البائع المشتري ، بأن أظهر المعقود عليه بصفة تخالف ما هو عليه في الحقيقة ، مما يختلف الثمن باختلافه ، وذلك كتصرية اللبن في الضرع ، وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها ، وجمع ماء الرحى وإرساله عند العرض ونحو ذلك ، فهل يكون للمشتري هنا خيار الرجوع إذا تبين له هذا التغرير أم لا ؟ اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول : إعطاء العاقد المدلس عليه الخيار في الرجوع .

وهو قول المالكية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣]، وقول الظاهرية ـــ في التصرية ـ[٤].

جاء في مواهب الجليل : "من أسباب الخيار التدليس الفعلي ، وهو أن يفعل في البيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد كذلك " [٥]، وجاء في نهاية المحتاج: "وصب ماء القناة وماء الرحى المرسل عند البيع حتى يتوهم المشتري كثرته فيزيد في عوضه ، وتحميرالوجه ، الشعر وتجعيده ، يثبت الخيار "[٦]. وجاء في المغني: "كل تدليس يختلف الثمن لأجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أويحمر وجهها أو بضمر الماء في الرحى ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار"[٧]، وجاء في

---

(١) انظر : الإشراف ٥٤٨/٢ ، مواهب الجليل ٣٦٩/٦ ، جواهر الإكليل ٦٢/٢ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ١٢٥/٣ ، مغني المحتاج ٤٥٣/٢ ، ٤٥٤ ، نهاية المحتاج ٧١/٤ ، ٧٢.

(٣) انظر : المغني ٢٢٣/٦ ، المحرر ١ ٣٢٨ ، الإنصاف ٣٩٨/٤ ، الإقناع ٩٢/٢ .

(٤) انظر : المحلى ٤٧٥/٧.

(٥) ٣٦٩/٦ .

(٦) ٧١/٤ ، ٧٢.

(٧) ٢٢٣/٦ .

المحلى ، من اشترى مصراة يظنها لبونا فوجدها قد ربط ضرعها حتى اجتمع اللبن. فلما حلبها اتضح له الأمر فله الخيار ..." [١].

القول الثاني :

ليس للعاقد المدلس عليه الخيار في الرجوع .

وهو قول الحنفية [٢].

جاء في المبسوط : " إذا اشتراها ، أي المصراة ـ بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عندنا "[٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن للمدلس عليه حق الرجوع بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم "[٤].

وجه الدلالة :

أن الله اشترط التراضي لحل أكل أموال الناس بالتجارات ، ومعلوم أن من غش أو دلس عليه أو خدع ، وهوغير عالم بذلك لن يرضى . فلا يلزم بما لم يرض. بل له الخيار في إمضاء العقد أو فسخه [٥].

---

(١) ٤٧٥/٧ .

(٢) انظر : المبسوط ٣٨/١٣ ، ٣٩ . إعلاء السنن ١٤ ٨٤ . حاشية ابن عابدين ٩٦/٤ .

(٣) ٣٨/١٣ ، ٣٩.

(٤) سورة النساء : آية (٢٩).

(٥) انظر : مجموع الفتاوى ٢٨ ١٠٤. المحلى ٧ ٥٧٥.

الدليل الثالث :

ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : لا تصروا الإبل والغنم.."[١].

وجه الدلالة :

أثبت في الحديث الخيار للمشتري فيما لو اشترى مصراة فاحتلبها ، ثم تبين له أنه قد ربط ضرعها حتى اجتمع فيه اللبن وكثر ، فإن المشتري يكون بالخيار بين أن يمسك بالثمن المتفق عليه ، وبين أن يرد ... وهكذا في كل ما يتضمن هذا المعنى من تغرير المشتري بإضافة وصف كمال ، فهذا الحديث أصل في النهي عن جميع صور الغش والتدليس . وإثبات الخيار لمن دلس عليه [٢].

اعترض الحنفية على الاستدلال بهذا الحديث بأمور ، وهي :

الأول : أنه خبر واحد ،.ومخالف لقياس الأصول العامة ، فلم يجب العمل به ، لأن الأصول العامة مقطوع بها ، والواحد مظنون ، والمظنون لا يعارض المقطوع، ووجه مخالفة هذا الحديث لقياس الأصول ما يلي :

أولاً : أنه أوجب غرم اللبن مع إمكان رده ، ثانياً : أنه أوجب غرم قيمته مع وجوب مثله ، ثالثاً : أنه جعل القيمة تمراً ، وهي إنما تكون ذهباً أو ورقاً ، رابعاً : أنه جعلها مقدرة لاتزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه ، بينما الضمان يختلف باختلاف المضمون في الزيادة والنقصان . خامساً : يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن في بعض الصور . وهي ما إذا كانت قيمة الشاة صاعاً من

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : الاستذكار ٢١/٨٨ ، مجموع الفتاوى ٢٨/١٠٤.

تمر . سادساً : أن خيار الرد بالتصرية ملحق بخيار الرد بالعيب ، فكان ينبغي أن يكون مثله غير مؤقت بثلاثة أيام [١].

أجيب على هذا الاعتراض من وجهين :

الأول : أن هذا الحديث موافق لأصول الشريعة وقواعدها، ولو خالفها لكان أصلاً بنفسه ، كما أن غيره أصل بنفسه ، وأصول الشرع لا يضرب بعضها ببعض ، بل يجب اتباعها كلها ، ويقر كل منها على أصله وموضعه [٢].

الثاني : لا نسلم بدعوى مخالفة قياس الأصول . وذلك لما يلي [٣]:

أولاً : أن اللبن وإن كان موجوداً لكنه تعذر رده ، لاختلاطه باللبن الحادث بعد العقد وتعذر تمييزه . فأشبه الآبق بعد الغصب فإنه تضمن قيمته مع بقاء عينه لتعذر الرد .

ثانياً : أن ضمان المثل بالمثل ليس مطرداً فقد يضمن المثل بالقيمة إذا تعذرت المماثلة ، كمن أتلف شاة لبوناً كان عليه قيمتها ، ولا يجعل بإزاء لبنها لبنا آخر لتعذر المماثلة .

ثالثاً : أن كل ما يقع فيه التنازع يقدر بشيء معين لقطع التشاجر ، فإن اللبن الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري . فلو وكل إلى تقديرهما لأفضى ذلك إلى النزاع ، فقطع الشارع النزاع والخصام بحد لا يتعديانه فصلاً للخصومة .

---

(١) انظر : المبسوط ٣٩/١٣ ، ٤٠ ، إعلاء السنن ٦٤/١٤ ، عمدة القاري ٢٧٣/١١ ، حاشية ابن عابدين ٤٥/٥ .

(٢) انظر : مواهب الجليل ٣٤٩/٦ ، إعلام الموقعين ٢٥/٢.

(٣) انظر : فتح الباري ٤٢٨/٤ ، ٤٢٩ ، نيل الأوطار ٢٢٧/٥.

رابعاً : أن تقديره بالتمر أقرب ، لأنه كان قوتهم إذ ذاك كاللبن ، وهو مكيل كاللبن ومقتات .

خامساً : أن التمر عوض عن اللبن لا عن الشاة فلا يلزم ما ذكروه .

سادساً: أن العلة في تأقيت خيار التصرية هو أن ذلك العيب يكتشف غالباً خلال هذه المدة ، بخلاف سائر العيوب ، إذ ربما يصعب اكتشاف العيب في هذه المدة القصيرة ، فكان من المصلحة عدم تأقيته ، كما أن أحاديث الرد بالعيب عامة، وأحاديث رد المصراة خاصة ، فتخرج من هذا العموم ، ويكون لها حكم خاص .

الثاني : أن روايات هذا الحديث مضطربة ، مما يدل على ضعفه وعدم صحته ، ففي بعض الألفاظ : " صاع من تمر " ، وأخرى : " صاع من طعام " ، وثالثة : " مثل أومثلي لبنها قمح " ، إلى غير ذلك من الروايات التي ظاهرها الاضطراب والتعارض [١].

أجيب : أن ألفاظ هذا الحديث منها ما هو صحيح ، ومنها ما هو ضعيف، أما ما صح منها فإنه لا تعارض فيها ولا تناقض ، بل الجمع بينها ممكن ، أما ما لم يصح منها فإنه كما ذكر أن فيها تعارضاً واضطراباً ، فضعفها ليس متوقفاً على هذا التعارض ، بل لأن سندها لم يثبت [٢].

الثالث : أنه من رواية أبي هريرة ، وأبو هريرة لا يقبل حديثه فيما يخالف القياس، لأنه غير فقيه ، ولأنه ظهر تساهله في باب الرواية ، وقد رد ابن عباس

---

(١) انظر : إعلاء السنن ١٤ ١ ٦١ . فتح الباري ٤٢٧/٤.

(٢) انظر : المجموع ٢٧/١٢ ، فتح الباري ٤٢٧/٤ .

بعض رواياته بالقياس [١]، ونقل القرافي في الذخيرة قول النخعي[٢] : " كانوا لا يقبلون حديث أبي هريرة إلا في الثواب والعقاب دون الأحكام "[٣].

نوقش : أن أبا هريرة من أحفظ الصحابة وأكثرهم حديثاً وأوسعهم رواية لاختصاصه بدعاء رسول الله له بالحفظ ، ومن كانت هذه منزلته لا ينكر عليه تفرده بشيء من أدلة الأحكام الشرعية ، وقد اعتذر أبو هريرة عن تفرده بكثير مما لا يشاركه فيه غيره بما ثبت عنه أنه قال : " إن أصحابي من المهاجرين كان يشغلهم الصفق في الأسواق ، وكنت ألزم رسول الله ﷺ فأشهد إذا غابوا وأحفظ إذا نسوا" [٤]. وأما القول أنه ليس بفقيه فغير صحيح ، فقد استعمله عمر على البحرين ، ولم يكن عمر ليولي غير فقيه ، ولو سلمنا بما ادعوه لم يكن ذلك قادحاً في الذي تفرد به ، لأن كثيراً من الأحكام الشرعية وارد من غير طريق المشهورين بالفقه من الصحابة ، فطرح حديث أبي هريرة يستلزم طرح شطر الدين ، على أنه لم يتفرد برواية هذا الحكم ، بل رواه معه ابن عمر وغيره من فقهاء الصحابة [٥].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بلزوم البيع ، وأن المشتري المدلس عليه لا حق له في الرجوع بما يلي:

---

(١) انظر : المجموع ٢٧/١٢ ، نيل الأوطار ٢٢٧/٥.

(٢) هو أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي ، من مذحج اليمن من أهل الكوفة، ومن كبار التابعين . أدرك بعض متأخري الصحابة ، قال عنه الصفدي : فقيه العراق ، أخذ عنه حماد بن أبي سليمان وسماك بن حرب وغيرهما . توفي سنة ٩٦ هـ .
انظر ترجمته في : تذكرة الحفاظ (٧٠/١) ، الأعلام (٧٦/١).

(٣) ٦٤/٥ .

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٢٨٧/٢).

(٥) انظر : الذخيرة ٦٤/٥ ، المجموع ١٢ ٢٧ . المغني ٢١٦/٦ ، إعلام الموقعين ٢٥/٢.

الدليل الأول :

أن التدليس بإضافة وصف كمال في السلعة لا يناقض وصف السلامة . فبقلة اللبن كما في المصراة ـ مثلاً ـ لا تنعدم صفة السلامة ، لأن اللبن ثمرة . وبعدمها لا تنعدم صفة السلامة ، فلا تنعدم بقلتها من باب أولى [١].

يناقش : أنه وإن وجد معه وصف السلامة ، لكن من شأنه أن يختلف الثمن باختلافه ، فلزم أن يكون له الخيار .

الدليل الثاني :

أن المشتري المدلس عليه قد فرط ، ذلك لأن انتفاخ الضرع ـ كما في المصراة مثلاً ـ قد يكون بكثرة اللبن في الضرع ، وقد يكون بالتحفيل ، وكلاهما محتمل ، وعلى ما ظهر من عادات الناس احتمال التحفيل فيه أظهر . فكان مفرطاً حينما ترك سؤال البائع عن ذلك ، فلا يكون له الخيار في الرجوع [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه في مقابلة النص ، وهوحديث المصراة ، فلا يلتفت إليه .

الثاني : أن الأصل في بيوع المسلمين السلامة من الخديعة والتدليس ، فمتى تحقق وقوع الخديعة والتدليس ثبت للمتضرر بذلك الخيار بين الفسخ والإمضاء.

---

(١) انظر : المبسوط ٣٨/١٣.

(٢) انظر : المبسوط ٣٩/١٣.

الراجـح :

تبين لي بعد هذا العرض رجحان القول الأول : أن للمشتري المدلس عليه الخيار في الرجوع عن البيع . وذلك لقوة دليله ، وأنه محض القياس وموجب العدل، فإن المشتري إنما بذل ماله في المبيع بناء على الصفة التي أظهرها له البائع ، ولو علم أنه على خلافها لم يبذل له فيها ما بذل ، فإلزامه بالعقد مع وجود التدليس ظلم تنزه عنه الشريعة .

المبحث السادس

الرجوع بسبب خيار الرؤية[١]

إذا اشترى رجل من آخر عيناً غائبة موصوفة وصفاً تزول معه الجهالة ، فهل يصح العقد والمبيع غائب ؟ وعلى القول بصحته هل يكون للمشتري الخيار عند رؤية المبيع ؟ وعلى القول بثبوت الخيار للمشتري هل يكون له الخيار مطلقاً . أم أنه يشترط لثبوته أن يجد المشتري المبيع على خلاف ما وصف له ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن البيع صحيح ، ويثبت للمشتري الخيار مطلقاً ، سواء وجده كما وصف أوعلى خلافه .

وهو قول الحنفية[٢]، وقول الشافعي في القديم وصححه البغوي[٣] والروياني[٤] وغيرهما [٥].

---

(١) الرؤية لغة: مصدر لفعل رأى برى. ومعناه لغة: النظر بالعين وبالقلب .انظر:لسان العرب (رأى) (١٥٣٧/٣)وأما خيار الرؤية في الاصطلاح فهو : حق يثبت به للعاقد فسخ العقد أوقضاؤه عند رؤية المبيع المعين الذي لم يره عند العقد".انظر: فتح القدير٣٠٩/٦، حاشية ابن عابدين ٢٢/٤.

(٢) انظر:المبسوط٦٧/١٣، بدائع الصنائع ٢٤٣/٥ . تبيين الحقائق ٢٤/٤ ، فتح القدير ٣٠٩/٦،

(٣) هو الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي . نسبته إلى بغثور من قرى خراسان بين هراة ومرو. وهو شافعي فقيه محدث . مفسر ، له مؤلفات كثيرة ، منها : التهذيب . وشرح السنة ، ومعالم التنزيل . توفي سنة ٥١٠هـ . انظر ترجمته : طبقات الشافعية (١٩٨/١)، الأعلام للزركلي (٢٨٤/٢).

(٤) هو أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الروياني ، فقيه شافعي . درس بنيسابور وميّافارقين وبخاري . أحد أئمة المذهب الشافعي ، اشتهر بحفظ المذهب حتى يحكى عنه أنه قال : لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي. ولي قضاء طبرستان ورويان وقراهما. قتله الملاحدة بوطن أهله آمل . له عدة مؤلفات ، منها : البحر ، والفروق ، والحلية . توفي سنة ٥٠٢هـ. انظر ترجمته : طبقات الشافعية للسبكي ٢٦٤/٤، الأعلام ٣٢٤/٤ .

(٥) انظر : الوسيط ٢٦/٣ ، روضة الطالبين ٣ ٣١ . ٣٢ ، مغني المحتاج ٣٥٧/٢.

جاء في فتح القدير : ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء رده . سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها" [١]، وجاء في روضة الطالبين : "بيع الأعيان الغائبة التي لم تر قولان : قال في القديم ... : يصح ، وقال بتصحيحه طائفة من أئمتنا وأفتوا به منهم البغوي والروياني .. "[٢]، وجاء في مغني المحتاج :" ويثبت الخيار للمشتري عند الرؤية وإن وجده كما وصف "[٣].

القول الثاني : أن العقد صحيح ، ويثبت للمشتري الخيار عند رؤية المبيع إذا وجد على خلاف ما وصف ، أما إذا وجده كما وصف فلا خيار له .

وهو قول المالكية [٤]، والأصح عند الحنابلة [٥]، وقول الظاهرية [٦]. باستثناء ما إذا وجد على خلاف الوصف فإنهم قالوا : بأنه لا بيع حينئذ ".

جاء في الإشراف : "بيع الأعيان الغائبة بالصفة جائز ... ، وإذا وجد المبيع بالصفة على الصفة المشترطة لزم ولم يكن للمبتاع خيار الرؤية "[٧]. وجاء في الإنصاف : "وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم صح في أصح الروايتين ... وللمشتري الفسخ إذا وجده على خلاف وصفه له على الصحيح من المذهب مطلقاً " [٨]، وجاء في المحلى :" فإن وجد مشتري السلعة الغائبة ما اشترى كما

---

(١) ٣٠٩/٦.

(٢) ٣١/٣ ، ٣٢ .

(٣) ٣٧٧/٢ .

(٤) انظر : الإشراف ٥٢١/٢ . المقدمات ٧٦/٢ ، مواهب الجليل ١١٥/٦ .

(٥) انظر : المغني ٣١/٦ . الإنصاف ٢٩٥/٤ ، ٢٩٦ ، شرح منتهى الإرادات ١٢/٢ ، ١٣.

(٦) انظر : المحلى ٢١٤/٧ .

(٧) ٥٢١/٢.

(٨) ٢٩٥/٤ ، ٢٩٦.

وصف فالبيع له لازم ، وإن وجد بخلاف ذلـك فـلا بيـع بينهمـا إلا بتحديـد صفـة أخرى برضاهما جميعاً "[١].

القول الثالث : أن العقد باطل .

وهو قـول الشـافعي في الجديـد والأصـح عنـد الشـافعية [٢]، وهـو قـول للحنابلة[٣].

جاء في المجموع : " واختلف الأصحاب في الأصح من القولين ... وصحـح الأكـثرون بطلانـه ، ممـن صححـه المزنـي[٤] والبويطـي[٥] والربيـع[٦] حكـاه عنهـم الماوردي[٧] وصححه والمصنف في التنبيه والرافعي في المحرر ، وهو الأصح وعليــه

---

(١) ٢١٤/٧ .

(٢) انظر المجموع ٢٩٠/٩ ، مغني المحتاج ٣٥٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٦/٣.

(٣) انظر : الإنصاف ٢٩٧/٤ ، المبدع ٤ ٢٦.

(٤) هو أبو القاسم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المزنـي نسـبة إلى مزنيـة ، صـاحب الإمـام الشـافعي . كان عالماً زاهداً ، وهو إمام الشافعية . قال فيه الشافعي : المزني ناصر مذهبي ، لـه مصنفـات . منها : الجامع الكبير . الجامع الصغير. المختصر . تـوفي سـنة ٢٦٤هـ ، انظـر ترجمتـه : طبقـات الشافعية للسبكي ٢٣٩/١. معجم المولفين ١ ٣٠٠.

(٥) هو أبو يعقوب يوسف بن يحى القرشي البويطي . من بويط وهي قريـة مـن صعيـد مصـر . كـان خليفة الشافعي في حلقته بعده . قال عنه الشافعي : ليس أحد أحق بمجلسي مـن أبـي يعقـوب . توفي سنة ٢٣٢هـ . انظر ترجمته : طبقات الشافعية للاسنوي (٢٠/١) ، الأعلام (٣٣٨/٩).

(٦) هو أبو محمد الربيع بن سليمان المرادي ، المؤذن بجامع مدينة نصر، خادم الشافعي ، وراوي الأم وغيرها من كتبه، قال الشافعي عنه : إنه أحفظ أصحابي . توفي سـنة ٢٧٠هــ . انظـر ترجمتـه : طبقات الشافعية للاسنوى (٣٩/١) ، وفيات الأعيان (٢٩١/٢).

(٧) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري المـاوردي ، الفقيـه الشـافعي ؛ كـان مـن وجـوه الشافعية ومـن كـبرائهم ، تفقـه علـى أبـى القاسـم الصيمـري ثـم ارتحـل إلى الشـيخ أبـي حـامد الاسفرابنى ، له مصنفات منها : الحاوي . الأحكام السلطانية وغيرهـا . انظـر ترجمتـه : طبقـات الشافعية للاسنوي (٣٨٧/١). وفيات الأعيان (٢٨٢/٣).

فتوى الجمهور من الأصحاب" [١]، وجاء في الإنصاف : " وقيل : لا يصح .." [٢]

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بصحة البيع وثبوت الخيار في كلا الحالين بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ [٣]، وقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [٤].

وجه الدلالة :

أن هاتين الآيتين تدلان بعمومهما على أن الأصل في البيوع الحل ، فالواجب أن يستصحب هذا الأصل في جميع صور البيع وأنواعه ، إلا إذا قام الدليل على حرمة نوع والمنع منه . فإنه لا يعمل به وإنما يعمل بما دل عليه الدليل. وأما البيع في هذه الحالة فإنه لم يقم ما يدل على حرمته وفساده ، وما يشترط في عقد البيع موجود فيه ومتحقق ، فيكون داخلاً فيما أحله الله ،استصحاباً للأصل [٥].

نوقش : بأن الآية وإن كانت عامة في كل بيع إلا أنها مخصوصة بالسنة . وذلك أنه ثبت بالسنة نهيه ﷺ عن بيع الغرر ، والبيع كما ذكر فيه غرر بيّن ، حيث إن المشتري لم ير المبيع وقت عقده هذا البيع [٦].

---

(١) ٢٩٠/٩.

(٢) ٢٩٧/٤.

(٣) سورة البقرة : آية (٢٧٥)

(٤) سورة النساء : آية (٢٩).

(٥) انظر : الإشراف ٥٢١/٢ . المجموع ٩ ٣٠١ ، المبدع ٢٥/٤.

(٦) انظر : المغني ٣١/٦ ، المبدع ٢٥/٤ .

يجاب عن هذه المناقشة : أن الغرر الذي جاء النهي عنه في الحديث يفسد العقد ويبطله إذا كان يفضي إلى المنازعة ، وهذه هي العلة من تحريم الغرر في عقود المعاوضات ، ولكن هذا المعنى غير متحقق فيما نحن فيه . حيث لا جهالة مع وصف المبيع وصفاً تزول به الجهالة ، ثم لو سلمنا بوجودها فإنها لا تفضي إلى المنازعة ، وذلك بإعطاء المشتري الخيار عند رؤية المبيع فيختار خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه .

الدليل الثاني :

ما روي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه." [١]. وما روي عن مكحول أن رسول الله ﷺ قال : من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه "[٢].

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ أعطى الخيار لمن اشترى سلعة لم يرها وذلك عند رؤيتها . وهذا يدل على أمرين : الأول : أنه يدل صراحة على إعطاء الخيار للمشتري ، والثاني : أنه يدل على صحة البيع ، فإن ترتب الخيار على هذا البيع إنما يدل على صحته [٣].

نوقش هذا الاستدلال : أن الحديثين ضعيفان ، والضعيف لا حجة فيه ، ويرجع سبب ضعفهما لما يلي :

---

(١) أخرجه الدار قطني في سننه ــ كتاب البيوع (٣ ٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب البيوع ــ باب من قال يجوز بيع العين الغائبة (٥.٢٦٨).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ــ كتاب البيوع (٣ ٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب البيوع ــ باب من قال يجوز بيع العين الغائبة (٥/٢٦٨).

(٣) انظر : المبسوط ١٣/٦٨ . بدائع الصنائع ٥/٢٤٣.

أولاً : أما الحديث الأول : فإن ضعفه يرجع لعلتين .

الأولى : أن في سنده عمر بن إبراهيم الكردي ، وهو مردود الرواية ، ضعفه غير واحد من المحدثين [١].

الثانية : أن في سنده داهر بن نوح ، وقد تُكلّم فيه ، فقد ضعفه ابن القطان وغيره [٢].

ثانياً : وأما الحديث الثاني فيرجع ضعفه لثلاث علل :

الأولى : أن الحديث مرسل ، وهو من أقسام الخبر المردود [٣].

الثانية : أن في سنده ابن أبي مريم ، وهو ضعيف ، بل نقل النووي اتفاق المحدثين على ضعفه [٤].

الثالثة : أن في سنده إسماعيل بن عياش ، وهو مختلف فيه ، فقد ضعفه غير واحد ، وبعض من وثقه رد حديثه عن غير أهل بلده [٥].

---

(١) قال ابن حجر في التلخيص الحبير (٣ ٦) : " فيه عمر بن ابراهيم الكردي مذكور بالوضع " . وأورد الزيلعي في نصب الراية (٤ ٩) قول الدارقطني في عمر بن إبراهيم فجاء ما نصه : " قال الدارقطني : عمر بن إبراهيم يضع الأحاديث " ، وقال النووي في المجموع (٣٠١/٩) : عمر بن إبراهيم مشهور بالضعف ووضع الأحاديث ". وانظر : ميزان الاعتدال ١٧٩/٣ ، تاريخ بغداد للخطيب ٢٠٢/١١.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٩/٤) : الراوي عن الكردي داهر بن نوح ، وهو لا يعرف ، ولعل الجناية فيه "، وجاء في التعليق المغني (٥/٣) ما نصه : وقال ابن القطان : الراوي عن الكردي داهر بن نوح ، وهو لا يعرف " .

(٣) انظر : المجموع ٣٠١/٩ ، المحلى ٢٢١/٧.

(٤) انظر : المجموع ٣٠١/٩ . قال ابن حجر في تهذيب الكمال ١١٠/٣٣ : " ضعفه أحمد ابن حنبل ويحى بن معين وأبو زرعة الرازي وأبو حاتم والنسائي والدارقطني " . وقال ابن حزم في المحلى ٢٢١/٧ : وأبو بكر بن ابي مريم مذكور بالكذب " .

(٥) انظر : تهذيب الكمال ١٧٧/٣ ، ١٧٨ ، المحلى ٢٢١/٧ .

الدليل الثالث :

ما روي عن عثمان أنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة: إنك قد غبنت ، فقال : لي الخيار ، لأني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت ، فقال : لي الخيار ، لأني بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير ابن مطعم فقضى بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة "(١).

وجه الدلالة :

أن طلحة اشترى ما لم يره ولم تتقدم منه رؤية له ، وحكم جبير بن مطعم بأن الخيار لطلحة إذا رأى المبيع . وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، فيكون بمنزلة الاتفاق بينهم على صحة العقد وثبوت الخيار للمشتري (٢).

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه لا يعدو أن يكون قول صحابي ، وفي كونه حجة خلاف ، لذا لا يصلح أن يكون دليلاً يثبت بموجبه حكم شرعي (٣).

يجاب على هذا : بأن قول الصحابي مختلف في حجيته إذا لم يكن منتشراً، أو كان منتشراً وقام المخالف منهم ، وأما إذا انتشر بين الصحابة ولم يظهر له مخالف منهم ، فالأكثر على أنه حجة ، وفي كونه إجماعاً خلاف . فذهب جماعة من المحققين إلى أنه إجماع سكوتي . وهذه الحادثة منتشرة ولم يثبت فيها قيام المخالف فتكون حجة (٤).

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب البيوع ـ باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة (٢٦٨/٥).

(٢) انظر : المجموع ٣٠١/٩.

(٣) انظر : المغني ٣١/٦ .

(٤) انظر : المستصفى ٦١٦/١ . المحصول ١٥٩/٤ . شرح اللمع ٧٣٨/٢.

الثاني : أن ما ثبت في هذا الأثر مخالف ومعارض " لنهيه ﷺ عن بيع الغرر"[١].[٢]

يناقش : أنه لا غرر هنا ، حيث إن المبيع موصوف ، ومع هذا أعطي المشتري الخيار عند رؤية المبيع ، فالغرر المنهي عنه هو الذي يفضي إلى المنازعة، وهذا لا يفضي إلى ذلك لما تقدم .

الدليل الرابع :

القياس على النكاح بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة ، فكما أن عقد النكاح لا يفتقر إلى رؤية المعقود عليه ، فيصح بدونه ، فكذلك يجب أن يقال في البيع [٣].

نوقش هذا القياس: انه مع الفارق لأن النكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا يدخله شيء من الخيارات فلا يصح قياس البيع عليه ، ولأن المعقود عليه في النكاح استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالباً ، على أن الصفات التى تعلم بالرؤية ـ في النكاح ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع[٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بصحة البيع وثبوت الخيار للمشتري عند الرؤية إذا وجد المبيع على خلاف ما وصف له ، بالأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول ،

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : المجموع ٣٠١/٩.

(٣) انظر : المبسوط ٦٨/١٣ ، المغني ٦ ٣١ .

(٤) انظر : المجموع ٣٠٢/٩.

غير أنهم لم يعطوا المشتري الخيار إلا في حالة واحدة ، وهي فيما إذا وجد المبيع على غير ما وصف له ، أما إذا وجده على الصفة التي وصفت له فإن البيع حينئذ يلزم ، فلا خيار ، وذلك لأنه بيع صحيح على مبيع موصوف لم يشترط فيه خيار. ولا هناك عرف يوجبه ، وجد على صفته فلم يكن فيه خيار الرؤية ، أشبه سائر المبيعات [١].

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون ببطلان هذا البيع بما يلي :

الدليل الأول :

ما روي عنه ﷺ : " أن نهى عن بيع الغرر ".

وجه الدلالة :

أنه ﷺ نهى عن بيع الغرر ، والبيع في هذه الحالة التي لم ير فيها المبيع فيه غرر بين ، فكان داخلاً في عموم النهي عن بيع الغرر [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول : أنه لا غرر في هذا البيع ، وإن وجد فهو يسير يشق التحرز منه. وذلك لأن المبيع وإن كان غائباً إلا أنه قد وصف وصفاً تزول معه الجهالة ، فالرؤية لا تتعين طريقاً لمعرفة الأعيان ، بل تقوم الصفة مقامها .

الثاني : أن هذا التوجيه يقبل فيما لو قيل أن هذا البيع يقع لازماً ، وأنه لا يكون للمشتري الخيار إذا رآه . فأما إذا قيل بأن له الخيار ، فلا غرر فيه حينئذ ولا ضرر ، بل فيه محض المصلحة ، وهو إدراك حاجة كل من البائع والمشتري ، والأحكام لم تشرع إلا لتحقيق مصالح العباد .

---

(١) انظر : الإشراف ٥٢٢/٢ . شرح منتهى الإرادات ١٣/٢.

(٢) انظر : المجموع ٢٩٠/٩.

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : " لا تبع ما ليس عندك "[١].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على منع الإنسان من بيع ما ليس عنده ، وإذا كان المبيع غائباً فإنه يدخل في عموم الحديث ، لأنه لم يكن موجوداً وقت العقد ، فإن كلمة عند تفيد الحضور ، فيكون المعنى : لا تبع ما ليس حاضراً عندك وقت العقد . والنهي حقيقة التحريم ، وهو يدل على الفساد فيكون العقد فاسداً [٢].

نوقش : أن المقصود بالحديث النهي عن بيع الإنسان ما ليس في ملكه ، فمعنى " عنده " في الحديث : أن تكون داخلة في ملكه ، فالمبيع إن كان مملوكاً للبائع صح بيعه سواء كان حاضراً وفي يده أم كان غائباً ، فالحديث لا يدل على ما ذكروه البتة ، فالغائب عند صاحبه لا مما ليس عنده ، لأنه لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل : عندي ضياع وعندي دور .... إذا كان ذلك في ملكه وإن كان غائباً [٣].

الدليل الثالث :

أن بيع العين الغائبة على هذا النحو شبيه ببيع المعدوم [٤].

يناقش : أن هذا الاستدلال غير مسلم به ، إذ كيف يشبه بيع العين الغائبة التي يمكن وصفها وصفاً شاملا تنتفي معها الجهالة ببيع شيء معدوم لا يستطيع أحد أن يصفه ، بل لا يدري أيوجد أم لا يوجد .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر . المجموع ٣٠١/٩ .

(٣) انظر : المبسوط ٦٨/١٣ . تبيين الحقائق ٢٤/٤ . المحلى ٢١٩/٧.

(٤) انظر : المجموع ٣٠١/٩.

الراجـــح :

تبين لي مماسبق أن القول الراجح هو قول من ذهب إلى الحكم بصحة البيع، لما تقدم من الأدلة ، ولأن الصحابة كانوا يتبايعون الأعيان الغائبة ، كما ثبت ذلـك عنهم في عدة قضايا ، ولم يعرف عن أحد من الصحابة أنكـر ذلـك ، ومـن ذلـك : "ما روي أن عثمان باع ابن عمر مالا له بخيبر بمال لابن عمر بوادي القرى"[١].

أما الخيار ، فإن المشتري إذا وجد المبيع على ما وصـف لـه ، فـلا وجـه في إعطائه الخيار عند الرؤية ، وذلك لأنه اشترى شراء صحيحاً ، ووجد الصفـة التـى أرادها ، فلا وجه للفسخ . أما إن وجده على خلاف ما وصـف لـه فإنـه يثبـت لـه الخيار حينئذ ، لما تقدم من الأدلة التي أثبتت الخيار في هذا البيع ، فإنها محمولة على هذه الحالة ، ولأنه رضي بالبيع على صفـة معينـة ، وبتخلفهـا يختـل رضـاه . ويجـبر ذلك بإعطائه المشتري الخيار بين الإمضاء والفسخ .

---

(١) انظر : المحلى ٧/٢٢١ .

الفصل الرابع

الرجوع بسبب الإفلاس

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع بسبب إفلاس المشتري .

المبحث الثاني : شروط الرجوع بسبب الإفلاس .

الفصل الرابع

الرجوع بسبب الإفلاس

المبحث الأول

الرجوع بسبب إفلاس المشتري[١]

إذا تم البيع بين البائع والمشتري ، وقبض المشتري السلعة المبيعة دون أن يسلم ثمنها ، ثم طرأ عليه بعد ذلك إفلاس لم يتمكن بسببه دفع ثمن ما اشترى للبائع ، فهل يكون للبائع هنا الرجوع بسلعته وذلك بفسخ البيع ، أم أن البيع يبقى على لزومه ، فلا يكون للبائع الرجوع حتى وإن وجد عين سلعته ، فيستوي هو وبقية الغرماء فيها وفي غيرها من مال المفلس ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن البائع له الحق في فسخ العقد . واسترجاع عين ماله من المفلس .

وهو قول المالكية [٢]، والشافعية [٣]. والحنابلة [٤]، والظاهرية [٥].

---

(١) الإفلاس : من أفلس الرجل . صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ، يفلس إفلاساً : صار فلساً كأنما صارت دراهمه فلوسا وزيوفا.

انظر : لسان العرب مادة (فلس)(٣٤٦٠/٥)، مقاييس اللغة مادة (فلس) (٤٥١/٤).

واصطلاحاً : هو إحاطة الدين بمال المدين والمفلس : هو من لا يقدر على وفاء شيء من دينه".

انظر : الشرح الصغير (٤٥٣/٤)، كفاية الأخيار (٥٠٦/١)، حاشية ابن قاسم (١٦٣/٥).

(٢) انظر : الإشراف ٥٨٦/٢ . المقدمات الممهدات ٣٣٤/٢ . مواهب الجليل ٦١٨/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٥٧/٤.

(٣) انظر : الوسيط ٢٠/٤ . روضة الطالبين ٣٨٣/٣ . الحاوي ٢٦٨/٦، مغني المحتاج ١١٧/٣ .

(٤) انظر : المغني ٥٣٨/٦ . الانصاف ٢٨٦/٥. المبدع ٣١٣/٤. كشاف القناع ٤٩٦/٣.

(٥) انظر : المحلى ٤٨٤/٦.

جاء في المقدمات : " وإن كان قد دفعه إلى المشتري ثم فلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء " [١]، وجاء في المنهاج :" من بـاع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس فله فسخ البيع واسترداد المبيع "[٢]، وجاء في المغني : المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعها إياه بعينها بالشروط التي يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعته "[٣]، وجاء في المحلى : ومن فلس من حي أو ميت فوجد إنسان سلعته التي باعها بعينها فهو أولى بها من الغرماء ، وله أن يأخذها" [٤].

القول الثاني: لا حق للبائع في فسخ العقد ولا في استرجاع ما له ، وإنما يكون أسوة الغرماء .

وهو قول الحنفية [٥].

جاء في تبيين الحقائق : لو اشترى متاعاً فأفلس والمتاع قائم في يده ، فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه "[٦].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن للبائع الرجوع بعين سلعته التي وجدها قائمة بيد المشتري بما يلي :

---

(١) ٣٣٤/٢.

(٢) ١١٧/٣.

(٣) ٥٣٨/٦.

(٤) ٤٨٤/٦.

(٥) انظر : المبسوط ١٩ ١٩٨. تبيين الحقائق ٢٠١/٥ . فتح القدير ٢٨٦/٩ ، البحر الرائق ١٥٢/٨.

(٦) ٢٠١/٥ .

الدليل الأول :

ما روي عنه ﷺ أنه قال : " من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره " [١]. وفي لفظ مسلم[٢] : إذا أفلس الرجل فوجد الرجل عنده سلعته قائمة بعينها فهو أحق بها " [٣].

وجه الدلالة :

دل الحديث على أن من وجد عين ماله عند من اشتراه فأفلس فهو أحق به من سائر الغرماء ، وهذا يعني أن له أن يفسخ العقد ، لأنه لا يمكن أن يرجع بعين ماله إلا بفسخ العقد وحله [٤].

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه :

الأول : أن هذا الحديث خبر آحاد ومخالف للأصول ، فلا يحتج به ؛ لأن السلعة التي بيد المفلس ليست عين مال البائع ، لأنها صارت بالبيع والقبض ملكاً للمشتري ومن ضمانه ، واستحقاق البائع أخذها منه واسترجاعها نقض لملكه[٥].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الاستقراض ـــ باب إذا وجد ما له عند مفلس في البيع والقرض (٦٧٨/٢)، ومسلم في صحيحه كتاب المساقاة ـ باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس (١١٩٣/٣).

(٢) هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد القشيري النيسابوري صاحب الصحيح . أحد الأئمة الحفاظ واعلام المحدثين . رحل إلى الحجاز والعراق والشام ، وسمع من يحي بن يحي النيسابوري ، وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وغيرهم . من تصانيفه : الكنى والأسماء. وأوهام المحدثين ، وطبقات التابعين . توفي سنة ٢٦١هـ . انظر ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٥٥٧/١٢)، تهذيب التهذيب (١٢٦/١٠) ، شذرات الذهب (١٤٤/٢).

(٣) انظر : صحيح مسلم ـ كتاب المساقاة ـــ باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس (١٨٣/٣).

(٤) انظر : المغني ٥٣٨/٦ ، ٥٣٩ . المبدع ٣١٣/٤ . المحلى ٤٨٤/٦.

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٢٠٢/٥ . شرح معاني الآثار ١٦٥/٤ ، ١٦٦.

أجيب على هذا الوجه من المناقشة من وجهين :

الأول : أن هذا الحديث مشهور من غير هذا الوجه ، فقد روي هذا الحديث عن غير واحد ، ومن أكثر من طريق ، فقد روي عن سمرة [١]، وعن ابن عمر [٢]، وعن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام [٣].[٤]

الثاني : لا نسلم أن الخبر مخالف للأصول ، لأن ما ورد في السنن الصحيحة من جملة الأصول ، ولو خالفها لكان أصلاً بنفسه ، كما أن غيره أصل بنفسه ، ثم إن نقض ملك المالك جاء في عدة مواضع ، منها ، أخذ الشفيع بالشفعة من المشتري حتى بعد قبضها ، وبهذا يتضح أن دعوى مخالفة الحديث للأصول دعوى غير صحيحة [٥].

الثاني : أن الحديث محمول على المغصوب والعواري والودائع وما أشبه ذلك ، فإن ذلك ما له بعينه فهو أحق به من سائر الغرماء [٦].

أجيب على هذا من ثلاثة أوجه :

الأول : أن تأويل الحديث بالوديعة والعارية وما أشبه ذلك تأويل مردود برواية أخرى للحديث وهي قوله : " إذا أفلس الرجل فوجد البائع ..." [٧]، ففي هذه الرواية الصحيحة صرح بأن المعاملة بينهما كانت بيعاً .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب في الرجل يجد عين ماله عند رجل (٣/٢٨٧ ، ٢٨٨) وأحمد في المسند (٣/٢٢٨).

(٢) أخرجه ابن حبان ـ كتاب البيوع ـ باب الفلس (١١/٤١٦).

(٣) انظر : هامش رقم (٤) .

(٤) انظر : فتح الباري ٥/٦٤ ، ٦٥ ، المحلى ٦/٤٨٤ ، ٤٨٥ .

(٥) انظر: الاستذكار ٢١/٢٤

(٦) انظر : تبيين الحقائق ٥/٢٠٢ ، بداية المجتهد ٤/١٤٥٦ ، ١٤٥٧ .

(٧) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه ـ كتاب البيوع ـ باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها (٨/٢٦٥)

الثاني : أن هذا التأويل مردود ــ أيضاً ــ بأن نص الحديث مقيد بحالة الإفلاس ، ولو كان كما قلتم لم يقيد بالإفلاس ، لأن استحقاق الشخص وديعته أوعاريته أو ماله المغصوب أمر مقرر عام يشمل المفلس وغيره [١].

الثالث : أن قوله : " فهو أحق بها " صيغة أفعل التي تقتضي الاشتراك ، فلو كان المعني به المغصوب والوديعة لما كان في صيغة أفعل فائدة ، وذلك لما تقتضيه هذه الصيغة من الاشتراك [٢].

الثالث : أن الحديث محمول على ما إذا أفلس المشتري قبل أن يقبض السلعة[٣].

يجاب : أنه جاء في لفظ الحديث قوله : " عنده " وهذا يدل على أن السلعة في يد المشتري . إذ لو لم يقبضها ما نص في الحديث على أنها عنده .

الرابع : أن الحديث يدل على أن البائع أحق بعين ماله فيما إذا كان المشتري قد قبض المبيع بغير إذن البائع أو مع شرط الخيار له [٤].

يجاب: أن هذا الاحتمال بعيد ، لأن النص لم يدل عليه ولو بطريق الإشارة، فلا يخرج عما دل عليه أصالة باحتمال لا دليل عليه .

الدليل الثاني :

قياس استرجاع عين المبيع إذا أفلس المشتري على استرجاع رأس مال السلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه بجامع استيفاء العوض في كل [٥].

---

(١) انظر : الحاوي ٢٦٨/٦.

(٢) انظر : الذخيرة ١٧٢/٧ . الحاوي ٢٦٨/٦.

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٥ / ٢٠١ . ٢٠٢ ، الذخيرة ١٧٤/٧ .

(٤) انظر : المبسوط ١٣/ ١٩٨ .

(٥) انظر : المغني ٥٣٩/٦ .

الدليل الثالث :

قياس استحقاق البائع الفسخ بعد قبض السلعة على استحقاقه الفسخ قبل قبضها ، بجامع تعذر تسليم الثمن في كل ، فكما أنه له الفسخ قبل أن يقبض المشتري السلعة ، فكذلك يثبت له حق الفسخ بعد قبضها [١].

الدليل الرابع :

أنه إذا شرط البائع رهنا في البيع . فعجز المشتري عن تسليمه استحق البائع حل العقد ، مع أن الرهن وثيقة بالثمن . فيكون العجز عن تسليم الثمن نفسه أولى بالحل [٢].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أنه لا حق للبائع في فسخ البيع واسترجاع سلعته بما يلي:

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [٣].

وجه الدلالة :

أن المشتري استحق التأجيل والإنظار حينما أفلس بالثمن ، فإذا كان يستحق التأجيل لم يكن للبائع فسخ البيع قبل مضي الأجل ، لأن الإنظار يقتضي عدم المطالبة . وإذا امتنعت المطالبة فامتناع الفسخ أولى [٤].

يناقش هذا الاستدلال : أن الآية عامة في كل مفلس ومعسر ، والحديث ـ الثابت في هذا الباب ـ خاص فيمن وجد متاعه بعينه عند المفلس ، فيحمل

---

(١) انظر : الذخيرة ١٧٣/٧

(٢) انظر : تكملة المجموع ٢٩٩/١٣ . المغني ٦ ٥٣٩.

(٣) سورة البقرة : آية (٢٨٠).

(٤) انظر : المبسوط ١٩٨/١٩ . تبيين الحقائق ٥ ٢٠١.

الخاص على العام ، فيبقى العام على عمومه ، ويعمل به فيما عدا المخصوص .

الدليل الثاني :

ما روي في حديث أبي هريرة ، أن رسول الله ﷺ قال : إذا أفلس الرجل ووجد رجل متاعه فهو بين غرمانه " ، وفي رواية : " من باع بيعاً فوجده بعينه وقد أفلس الرجل فهو ما له بين غرمائه "[١].

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث يدل على أن صاحب السلعة والمتاع أسوة الغرماء . وليس له أن يفسخ العقد ، ويسترجع السلعة التي باعها للمفلس [٢].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث ضعيف ، لأنه من رواية أبي عصمة نوح بن أبي مريم، وأبو عصمة هذا كذاب مشهور بوضع الحديث [٣].

الثاني : أنه مخالف للأحاديث الصحيحة المصرحة بأن البائع أحق بعين سلعته من سائر الغرماء [٤].

الدليل الثالث :

أن المشتري قد ملك المبيع بمجرد العقد ، واستقر في ملكه بقبضه ، فلا يملك البائع الرجوع بعد ذلك . لأن العقد قد تم مستوفياً شروطه ، وليس من شروطه تسليم الثمن [٥].

---

(١) رواه ابن حزم في المحلى ٤٨٤/٦.

(٢) انظر : العناية بهامش فتح القدير ٢٨٦/٩

(٣) انظر : تهذيب التهذيب ١٠ ٤٨٦ ـ ٤٨٨ . المحلى ٢٢١/٧.

(٤) انظر : المحلى ٦ ٤٨٨.

(٥) انظر : العناية بهامش فتح القدير ٢٨٦/٩ . حاشية ابن عابدين ٦٠١/٤.

يناقش: لو سلمنا بما ذكر من انتقال الملك بمجرد العقد ، فإن هـذا لا يمنـع من فسخ العقد وإنهاء هذا التملك ، وقد ثبت إنهاؤه بالخيـار والإقالـة ، فـلا مـانع من ثبوته كذلك بالإفلاس .

الدليل الرابع :

أن البائع كان له حق الإمساك لقبض الثمن ، فلما سـلمه أسـقط حقـه مـن الإمساك ، فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس ، كالمرتهن إذا سـلم الرهـن إلى الراهن [1].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه في مقابلة النص . وهو حديث أبي هريرة ، فيكون هذا القياس فاسد الاعتبار .

الثاني : أنه قياس مع الفارق ، لأن المبيع يفـارق الرهـن ، وإمسـاك الرهـن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل ، والثمن ههنا بـدل عـن العـين ، فـإذا تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل .

الدليل الخامس :

أن تسليم الثمن نقـداً للبـائع ليـس مسـتحقاً بـالعقد ، والمفلس عجـز عـن تسليم ما ليس مستحقاً بالعقد ، فلا يكون للبائع حل العقد ، وإنما قيل : إن تسليم الثمن نقداً للبـائع ليـس مسـتحقاً بـالعقد ، لأن المسـتحق بـالعقد إنمـا هـو الديـن ، والدين وصف للذمة ، وذمة المفلس باقية بعـد الإفـلاس ، فصـار كغـيره مـن سـائر الغرماء، لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق [2].

---

(١) انظر : فتح القدير ٢٨٦/٩ ، الذخيرة ١٧٤/٧ .

(٢) انظر : المبسوط ١٩٨/١٩ . تبيين الحقائق ٢٠٢/٥ ، فتح القدير ٢٨٦/٩.

يناقش : أنه دليل عقلى ، لا يعارض به النص المصرح بأن البائع أحق بعين سلعته من سائر الغرماء .

الراجــح :

القول الراجح من هذين القولين هو القول الأول ، لأن الحديث الذي استدلوا به نص فى محل النزاع ولم يعارضه نص آخر ، وأما أدلة القول الثاني فبعضها عام قد ورد ما يخصصه ، وبعضها الآخر أقيسة وأدلة عقلية في مقابلة النص، فكان الأخذ بمقتضى ما دل عليه الحديث هو القول الصواب .

المبحث الثاني

شروط الرجوع بسبب الإفلاس

وبعد أن تقرر أن البائع له حق الرجوع بعين ماله إذا وجده قائماً عند المفلس، فإن هذا الحكم ليس على إطلاقه ، بل هو مقيد بشروط لابد من تحقيقها، فمتى تحققت واجتمعت هذه الشروط صح الرجوع وتعين الاسترداد ، وإن تخلف ولو واحد منها انتفى هذا الحق وبطل الاسترجاع ؛ غير أن بعض هذه الشروط لم يكن القول بها متفقاً عليه ، بل الخلاف فيها ثابت بين الفقهاء ، وبيان هذه الشروط ـ المتفق عليها والمختلف فيها ـ فيما يلي :

الشرط الأول : ألا يتعلق بالمبيع حق لغير العاقدين .

اتفق الفقهاء على أن البائع له حق الرجوع في عين ماله ، إذا لم يكن قد تعلق بالمبيع حق للغير ، فإن كان قد تعلق به حق للغير ـ كما لو رهنه المشتري في دين عليه ثم أفلس ـ لم يكن للبائع الرجوع ، بل يصبح أسوة الغرماء [١]، ويدل لذلك ما يلي:

الدليل الأول :

مفهوم حديث أبي هريرة المتقدم ، فإن البائع والحال هذه لم يجد المال بعينه عند المفلس ، لأن العين انتقلت إلى غيره [٢].

---

(١) انظر : الإشراف ٥٨٦/٢ . حاشية الدسوقي ٤٥٧/٤ . المهذب ١١٦/٢ ، فتح الجواد ٤٧١/١ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٦/٢ ، المحرر ٣٤٥/١ ، الإنصاف ٢٩١/٥ ، شرح منتهى الإرادات ١٦٣/٢.

(٢) انظر : المغني ٥٦٢/٦ .

الدليل الثاني :

أن في الرجوع إضراراً بمن تعلق حقه بالمبيع ، والضرر الحاصل للبائع بعدم تمكينه من الرجوع لا يزال بالضرر الحاصل بمن تعلق حقه بالمبيع [١].

الشرط الثاني : أن يكون المفلس حياً وقت ثبوت حق الاسترجاع .

اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على قولين :

القول الأول : يشترط كون المفلس حياً وقت ثبوت حق الاسترجاع ، فإن مات لم يكن للبائع حق الاسترجاع .

وهو قول المالكية [٢]، والحنابلة [٣].

جاء في الذخيرة : " وإن مات مفلساً فلا حق للبائع في عين سلعته . وهو أسوة الغرماء "[٤]، وجاء في الإنصاف : " من شروط اختصاص رب العين المباعة : أن يكون المفلس حياً ، فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء مطلقاً "[٥].

القول الثاني : لا يشترط كون المفلس حياً ، فللبائع الرجوع وإن مات المفلس وقت ثبوت حق الاسترجاع .

وهو قول الشافعية [٦]. ورواية عند الحنابلة [٧].

جاء في نهاية المحتاج : " وفي حكم الحجر بالفلس الموت مفلساً" [٨]. وجاء

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : الإشراف ٥٨٦/٢ . الذخيرة ١٧٢/٨ ، حاشية الدسوقي ٤٥٧/٤.

(٣) انظر : الإنصاف ٢٨٦/٥ . شرح منتهى الإرادات ٣١٤/٢، حاشية ابن قاسم ١٧٣/٥.

(٤) ١٧٢/٨.

(٥) ٢٨٦/٥.

(٦) انظر : الحاوي ٢٧٣/٦ . مغني المحتاج ١١٧/٣ . نهاية المحتاج ٣٣٦/٤.

(٧) انظر : المبدع ٣١٤/٤ . كشاف القناع ٤٩٨/٣.

(٨) ٣٣٦/٤.

في المبدع : " وعنه : له الرجوع "[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون باشتراط كون المفلس حياً لثبوت حق الاسترجاع بمايلي:

الدليل الأول :

ما روي عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال : أيما رجل باع متاعاً فافلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ، فوجده بعينه فهو أحق به ، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء "[٢].

وجه الدلالة :

دل الحديث على أن المفلس الميت يختلف عن المفلس الحي ، فالحديث صريح في أن المشتري المفلس إذا مات لم يكن للبائع الرجوع في العقد وإن وجد عين سلعته ، بل يكون فيه أسوة الغرماء [٣].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث مرسل ، لأن أبا بكر بن عبد الرحمن لم يذكر الصحابي الذي روى الحديث عنه ، والمرسل لا يحتج به [٤].

أجيب : بأن الحديث وإن كان مرسلاً إلا أنه قد وصل بطرق أخرى فيصح الاحتجاج به . فقد جاء موصولاً من طريق الزبيدي عن الزهري عن أبي

---

(١) ٣١٤/٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع ـ باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده (٢٨٥/٣). والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب التفليس ـ باب المشتري يفلس بالثمن (٤٦/٦).

(٣) انظر : الاشراف ٥٨٦/٢ ، المبدع ٣١٤/٤ ، شرح منتهى الإرادات ١٦٢/٢.

(٤) انظر : الحاوي ٢٧٤/٦ ، عون المعبود ٤٣٠/٩.

بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة مرفوعاً [١]، وهذا الطريق وإن كان فيه إسماعيل ابن عياش فإنه صحيح ، لأن إسماعيل بن عياش ثقة إذا حدث عن الشاميين ، وهنا قد حدث عن شامي وهو الزبيدي[٢] ، في حين أن بعض أهل الحديث قال عنه : " بأنه ثقة مَطلقاً ، سواء حدث عن الشاميين أو عن غيرهم [٣].

فإرسال من أرسل الحديث لا يضر إذا ثبت وصله ، فإن الذي وصل الحديث معه زيادة علم لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها ، وعليه فإن الحديث ثابت فيجب العمل بمقتضاه .

الثاني : أن الزيادة في الحديث ، وهي قوله : " وإن مات الذي ..." زيادة مدرجة ليست من كلام النبي ﷺ [٤].

أجيب : أن كون الزيادة مدرجة دعوى تحتاج إلى دليل ، فلا تثبت إلا بحجة وبرهان ، ولا حجة هنا وإنما هو محض الظن والحدس ، فالإدراج لا يثبت بمثل هذا ، فإنه لم يأت بعد ذكر الحديث المرفوع ، قال فلان.. [٥]"

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع – باب في الرجل يفلس فيجد الرجل عنده متاعه بعينه (٢٨٧/٣).

(٢) قال ابن التركماني في الجوهر النقي (٤٧/٦): " قلت : بل هو صحيح ، لأن محمد بن الوليد الزبيدي شامي، وقد قال البيهقي في باب ترك الوضوء : " ما روى إسماعيل بن عياش عن الشامين صحيح " . وكذا ذكر ابن معين ، كيف وقد تأيد بمرسل مالك المتقدم وله شواهد

(٣) انظر : الجرح والتعديل ١٩١/٢ ، تهذيب التهذيب ٣٢١/١، تهذيب السنن ٤٣٥/٩.

(٤) انظر : الأم ٣٤٦/٣.

(٥) انظر : تهذيب السنن ٩ ٤٣٤ .

الدليل الثاني :

ما روي عن أبي هريرة ـ أن رسول الله ﷺ قال : أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء "[١].

وجه الدلالة :

أن في هذا الحديث التصريح بأن المشتري إن مات فإن البائع أسوة الغرماء، فلا يكون له حق في استرجاع عين ماله [٢].

نوقش : أن الحديث من رواية اليمان بن عدي وهو ضعيف [٣].

أجيب : أن اليمان بن عدي وإن كان لين الحديث إلا أنه لا بأس به في المتابعات [٤].

الدليل الثالث :

أن العين تعلق بها حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة ، فأشبه المرهون الذي تعلق به حق المرتهن ، ومن شروط الرجوع المتفق عليها عدم تعلق حق الغير بالمبيع [٥].

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بثبوت حق الاسترجاع للبائع وإن كان المفلس ميتاً بمايلي:

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب التفليس ـ باب المشتري يموت مفلساً بالثمن (٤٧/٦) .

(٢) انظر : أسنى المطالب ١٨٣/٢

(٣) انظر : السنن الكبرى ٦ ٤٨ . تقريب التهذيب ٣٧٩/٢.

(٤) انظر : إرواء الغليل ٢٧١/٥.

(٥) انظر : المبدع ٣١٤/٤ ، شرح منتهى الإرادات ١٦٢/٢.

الدليل الأول :

قوله ﷺ : " من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره"[١].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل بعمومه أن من أدرك ماله بعينه أنه أحق به من غيره ، سواء كان المفلس حياً أم ميتاً ، بل مع الموت آكد ، لأن المفلس الحي قد يوسر[٢] .

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن صاحب المتاع أحق به إذا وجده عند المفلس ، وفي مسألتنا هذه إنما وجده عند الورثة ، فلا يتناوله الخبر [٣].

الثاني : أن هذا الحديث المستدل به ، ورد بلفظ مطلق ، وقد جاءت الأدلة الأخرى مقيدة له بحالة كون المفلس حياً [٤].

الدليل الثاني :

ما روي عن عمر بن خلدة الزرقي أنه قال : " جئنا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال : هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ : أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه "[٥].

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : الحاوي ٢٧٣/٦ ، نهاية المحتاج ٣٣٦/٤.

(٣) انظر : المغني ٥٦٢/٦.

(٤) المصدر السابق .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده (٢٨٥/٣ ، ٢٨٦).

وجه الدلالة :

أن الحديث نص في إعطاء البائع الرجوع بعين سلعته وإن كان المفلس ميتاً[1].

نوقش هذا الاستدلال :

بأن الحديث المستدل به لا يصح الاحتجاج به ، وذلك من ثلاثة أوجه :

الأول : ضعف إسناده ، لأن فيه أبا المعتمر ، وهو مجهول ، فلا يصح الاحتجاج به [2].

الثاني : نكارة متن الحديث ، لأنه قد جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير اشتراط كونه مفلساً ، ولا عدم قبض شيء من الثمن ، وإجماع العلماء منعقد على أن البائع لا يستحق الرجوع في عين ماله بمجرد موت المشتري ولو لم يكن مفلساً [3].

الثالث : مخالفة هذا الحديث لما هو أصح منه ، وهو حديث أبي بكر ابن عبد الرحمن ، وأيضاً حديث أبي هريرة .

الراجح :

تبين لي بعد عرض أدلة القولين ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، أن القول الصحيح هو القول الأول : أنه يشترط لثبوت حق الاسترجاع للبائع في عين ماله أن يكون المفلس حيا . وذلك لدلالة النصوص الصحيحة على ذلك ، فهي نص في محل النزاع ، ومقيدة للإطلاق الوارد في حديث الباب وغيره.

---

(١) انظر : المغني ٥٦٢/٦ . المبدع ٣١٤/٤ .

(٢) انظر : التلخيص الحبير ٣ ٣٨ ، تقريب التهذيب ٤٧٤/٢.

(٣) انظر : المغني ٥٩٠/٦ .

الشرط الثالث : ألا يكون البائع قد قبض شيئاً من الثمن .

لا خلاف بين الفقهاء في أن البائع يستحق الرجوع بعين ماله إذا لم يكن قد قبض من المشتري شيئاً من الثمن [١]، أما إذا قبض منه شيئاً فإن الفقهاء قد اختلفوا في استحقاقه لذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ليس للبائع الرجوع .

وهو قول الشافعي في القديم [٢]، وقول الحنابلة [٣].

جاء في نهاية المحتاج : " والقديم لا يرجع به " [٤]، وجاء في الإنصاف : ومنها : أن لا يكون نقد من ثمنها شيئاً ، فإن كان نقد من ثمنها شيئاً كان أسوة الغرماء ، لانعلم فيه خلافاً "[٥].

القول الثاني : للبائع الرجوع بعد أن يُرجع الثمن المقبوض .

وهو قول المالكية [٦]..

جاء في الإشراف : إذا قبض البائع بعض الثمن ثم أفلس المبتاع فهو مخير إن شاء رد ما قبض ورجع في سلعته ، أو تمسك به وحاص " [٧].

القول الثالث : للبائع الرجوع في بعض المبيع بما يقابل القسط الباقي من الثمن.

---

(١) انظر : المقدمات ٣٣٤/٢ ، مواهب الجليل ٦١٨/٦، روضة الطالبين ٣٨٣/٣ ، مغني المحتاج ١١٧/٣، المغني ٥٣٨/٦ ، الإنصاف ٢٨٦/٥ ، المحلى ٤٨٤/٦.

(٢) انظر : المهذب ١١٦/٢ ، روضة الطالبين ٣ ٣٩٢ . نهاية المحتاج ٣٤٤/٣.

(٣) انظر : المغني ٥٦١/٦ ، المحرر ١ ٣٤٥ ، الإنصاف ٢٨٧/٥.

(٤) ٣٤٤/٣ .

(٥) ٢٨٧/٥ .

(٦) انظر : الإشراف ٥٨٧/٢ ، المقدمات ٣٣٥/٢ ، مواهب الجليل ٦٢٣/٦.

(٧) ٥٨٧/٢ .

وهو قول الشافعي في الجديد [١].

جاء في روضة الطالبين : "ولو قبض بعض الثمن ، ولم يتلف شيء من المبيع، ففي رجوعه قولان : القديم والجديد . فعلى الجديد يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن "[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن البائع ليس له الرجوع بما يلي :

الدليل الأول :

ما رواه أبو بكر بن عبد الرحمن ، وفيه : " ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ... "[٣].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل بمفهومه أنه يشترط لرجوع البائع في عين ماله عند المفلس ألا يكون البائع قد قبض من الثمن شيئاً [٤].

الدليل الثاني :

أن في رجوع البائع فيما بقي من الثمن عند المفلس إضراراً به ، وليس للبائع الإضرار بالمشتري ، كما أنه لو قيل بحل البيع بعد قبض المشتري بعض الثمن لأدى ذلك إلى تشقيص المبيع . وتشقيص المبيع لا يصح ، قياساً على عدم صحته في الرد بالعيب والخيار [٥].

---

(١) انظر : المهذب ١١٧/٢ . روضة الطالبين ٣٩٢/٣ ، نهاية المحتاج ٣٤٤/٣ .

(٢) ١١٧/٢.

(٣) تقدم تخريجه

(٤) انظر : التمهيد ٤١٤/٨ . فتح الباري ٦٣/٥ . المغني ٦ ٥٦١ .

(٥) انظر : المغني ٥٦١/٦، المبدع ٣١٥/٤.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بثبوت حق الرجوع للبائع بعد أن يرد ما قبضه ، بما يلي:

الدليل الأول :

حديث أبي هريرة : " أيما رجل وجد متاعه .... "[١].

وجه الدلالة:

أن الحديث يدل بعمومه على إثبات الرجوع للبائع ، فيشمل ما إذا لم يقبض المشتري من الثمن شيئا . وما إذا قبض بعض الثمن [٢].

يناقش : أن الإطلاق في هذا الحديث ورد ما يقيده ، وذلك في حديث أبي بكر بن عبد الرحمن المتقدم .

الدليل الثاني :

أن السبب الذي لأجله ثبت للبائع حق العود في عين سلعته هو دفع الضرر عنه ، فالبائع في مسألتنا هذه قد تعذر عليه قبض حقه بإفلاس المشتري مع وجود ماله على صفته ، فإذا أعاد ما قبض من الثمن صار كمن لم يقبض شيئا من الثمن[٣].

يناقش : أن هذا التعليل وإن كان وجيهاً إلا أنه في مقابلة النص ، فالنص المقيد لإطلاق الحديث السابق لم يأت فيه التفريق بين ما إذا أعاد ما قبض أم لم يعده، وإنما نص على أن البائع يستحق الرجوع ما لم يكن قد قبض شيئاً مس الثمن ابتداء .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : الذخيرة ١٧٩/٨ . فتح الباري ٦٣/٥.

(٣) انظر : الإشراف ٥٨٧/٢.

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون : أن البائع يرجع بحصة ما بقي من الثمن ، بقياس الرجوع بحصة ما بقي من الثمن حين قبض بعضه على الرجوع حين عدم قبض شيء منه ، بجامع أن كلا منهما رجوع بعين ماله بسبب إفلاس المشتري ، فكما أنه يثبت للبائع الرجوع إذا لم يقبض شيئاً من الثمن ، فكذلك ينبغي أن يكون له حق الرجوع في بعض المبيع إذا قبض بعض الثمن [١].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه في مقابلة النص ، فيسقط الاحتجاج به .

الثاني : أن في الرجوع ببعض العين تفريقاً للصفقة وتبعيضاً لها ، وفي ذلك إضرار بالمشتري المفلس .

الراجـح :

الذي يظهر لي أن القول الراجح من هذه الأقوال هو القول الأول ، وذلك للحديث الذي استدلوا به ، فهو صريح في اشتراط عدم قبض البائع شيئاً من الثمن كي يثبت له الرجوع . ولأن في تشقيص المبيع ضرراً على المفلس ، والضرر لا يزال بالضرر .

الشرط الرابع : أن يبقى المبيع على الحال التى كان عليها وقت البيع .

لا خلاف في أن المبيع إذا أدركه البائع بعد فلس المشتري على حاله وقت العقد أن له الرجوع فيه [٢].

---

(١) انظر : المهذب ٢ ١١٧ . فتح العزيز ٢٤٨/١٠ .

(٢) انظر : الذخيرة ١٨١/٨ . مواهب الجليل ٦٢٠/٦ . المهذب ١١٩/٢ ، نهاية المحتاج ٣ ٣٤٩، الإنصاف ٢٩٠/٥ . المبدع ٣١٦/٤ .

أما إن تغير عن حاله التي كان عليها وقت العقد ، فإن تغيره لا يخلو من حالين :

الأولى : أن تتغير صفة المبيع بما يزيل اسمه ، كحنطة تطحن ـ مثلاً ـ .

اختلف الفقهاء ـ في رجوع البائع بعد هذا التغير الذي طرأ على المبيع ـ على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ليس للبائع الرجوع .

وهو قول المالكية [١] والصحيح من مذهب الحنابلة [٢].

جاء في حاشية الخرشي : ومن شروط رجوع الإنسان في عين شيئه المحوز عنه في الفلس أن لا ينتقل عن هيئته كطحن الحنطة .. فإنه لا رجوع لصاحبه فيها وتتعين المحاصة مع الغرماء " [٣]، وجاء في الإنصاف : فلو تغيرت بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق وطحن الحنطة ونحو ذلك امتنع الرجوع على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب "[٤].

القول الثاني : للبائع الرجوع ولو تغيرت صفة المبيع .

وهو قول الشافعية [٥].

جاء في روضة الطالبين : فإن اشترى حنطة فطحنها أو ثوباً فقصره .. ثم فلس فللبائع الرجوع فيه "[٦].

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٦٢٠/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٦٠/٤ ، حاشية الخرشي ٢١٥/٦.

(٢) انظر : الإنصاف ٢٨٩/٥ ، المبدع ٣١٦/٤ ، كشاف القناع ٤٩٩/٣.

(٣) ٢١٥/٦ .

(٤) ٢٨٩/٥ .

(٥) انظر : المهذب ١١٩/٢ ، روضة الطالبين ٤٠٢/٣ ، مغني المحتاج ١٢٦/٣ ، ١٢٧.

(٦) ٤٠٢/٣.

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن البائع لا حق له في الرجوع إذا تغيرت صفة المبيع : بأن البائع لم يجد عين ماله ، لكون المبيع قد تغير اسمه واختلفت صفته عن حالها الأولى ، والرجوع الثابت بحديث أبي هريرة مقيد بوجود السلعة بعينها ، وهنا لم توجد بعينها ، وإنما وجدت متغيرة ، فلم يكن له الرجوع [١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بثبوت حق الاسترجاع للبائع ولو تغيرت صفة المبيع : بأن الحديث عام في إعطاء البائع حق الرجوع في سلعته ، سواء وجدها متغيرة أو على حالتها وقت العقد [٢].

يناقش : أن البائع لا يقال فيه والحال هذه أنه واجد سلعته بعينها ، وذلك لزوال هيئتها وتغير اسمها .

الراجح :

القول الراجح من هذين القولين هو القول الأول ، وذلك لقوة مستنده ، فإن نص حديث أبي هريرة قد اشترط لثبوت حق الرجوع للبائع بقاء السلعة بعينها، والتحقيق أن السلعة مع هذا التغير لم تدرك بعينها ، فلا تدخل في عموم هذا النص ، فيكون البائع حينئذ أسوة الغرماء .

الحال الثانية : أن يخلط المبيع بغير جنسه ، كقمح بشعير .

اختلف الفقهاء في اعتبار اختلاط المبيع بما يتميز عنه مانعاً من الرجوع على قولين :

---

(١) انظر : الإنصاف ٢٩٠/٥ . المبدع ٤ ٣١٦.

(٢) انظر : الذخيرة ١٧٩/٨ . حاشية قليوبي ٢٩٧/٢.

القول الأول : لا رجوع للبائع .

وهو قول المالكية [١] والشافعية [٢].

جاء في حاشية الخرشي :" ومن شروط رجوع الإنسان في عين شيئه المحوز عنه في الفلس ... أو خلط بغير مثله بحيث لا يتميز عنه كقمح بشعير فإنه لارجوع لصاحبه به ، وتتعين المحاصة مع الغرماء "[٣]، وجاء في مغني المحتاج : " ولو كان المختلط من غير جنس المبيع فلا رجوع "[٤]

القول الثاني : يثبت للبائع الرجوع .

وهو قول الحنابلة [٥].

جاء في شرح منتهى الإرادات : " بخلاف خلط بر بحمص فلا أثر له "[٦].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن البائع لا حق له في الرجوع . بأن المبيع يصعب فصله عن المخلوط معه فيعد كالتالف [٧].

يناقش : أن كون فصل المبيع عن غيره المختلط به صعباً لا يعني أن ذلك متعذر ، فلا يصح إلحاقه بالتالف ، إلا إذا تعذر فصله عن غيره .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٦٢٠/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٦٠/٤ ، حاشية الخرشي ٢١٥/٦.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٠٢/٣ ، مغني المحتاج ١٢٦/٣ ، نهاية المحتاج ٣٤٩/٤.

(٣) ٢١٥/٦ .

(٤) ١٢٦/٣.

(٥) انظر : المغني ٥٤٨/٦ . الإنصاف ٢٩٠/٥ . شرح منتهى الإرادات ١٦٣/٢.

(٦) ١٦٣/٢.

(٧) انظر : مغني المحتاج ١٢٦/٣.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن البائع له الرجوع ، بأنه قد وجد المبيع بعينه ، فلم يتغير اسمه ولا صفته ، فيكون داخلاً في عموم الحديث [(١)].

الراجـــح :

القول الثاني هو الأظهر ، وذلك فيما أمكن فصله ، فإن المبيع في هذه الحال قد وجد بعينه ، فيدخل في عموم الحديث الذي أعطى البائع حق الرجوع في سلعته إذا وجدها بعينها، أما إن تعذر فصله عنه فلا يكون له حق في الرجـــوع ، لأن المبيع صار في هذه الحال كالتالف .

الشرط الخامس : ألا يزيد المبيع زيادة متصلة .

اتفق الفقهاء على أن المبيع إذا زاد زيادة منفصلة فإن ذلك لا يمنع من الرجوع كالثمرة والولد ، وهي للمشتري ـ أي المفلس ـ ، لأن البائع وجد متاعه بعينه ، فالزيادة لم تتصل به . فأمكن فصلها عنه ، وبقاؤه على ما كان عليه قبل العقد [(٢)].

أما إذا كانت الزيادة متصلة كتعلم صنعة وسمن ونحوهما ، فإن الفقهاء قد اختلفوا في رجوع البائع على قولين :

القول الأول : أن الزيادة المتصلة تمنع رجوع البائع ، فلا يكون له الرجوع مع الزيادة المتصلة .

وهو قول الحنابلة [(٣)].

---

(١) انظر : الإنصاف ٢٩٠/٥.

(٢) انظر : حاشية الدسوقي ٤٦٠/٤ . حاشية الخرشي ٢١٤/٦ ، الوسيط ٢٧/٤ ، روضة الطالبين ٣٩٤/٣، المغني ٥٥٠/٦ . المبدع ٤ ٣١٨.

(٣) انظر : الإنصاف ٢٩٢.٥ . المبدع ٤ ٣١٧ ، كشاف القناع ٥٠٠/٣.

جاء في الإنصاف : " فإن زادت زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة كالكتابة والقراءة ونحوهما امتنع الرجوع على الصحيح من المذهب " [١].

القول الثاني : أن الزيادة المتصلة لا تمنع من الرجوع ، فللبائع حل العقد واسترجاع المبيع .

وهو قول المالكية [٢]، والشافعية [٣]، ورواية عند الحنابلة [٤] .

جاء في الذخيرة : " وإن زاد المبيع زيادة غير متميزة كالسمن والكبر واختار البائع الفسخ تبعت الزيادة الأصل "[٥]، وجاء في المهذب : " إن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والكبر ، واختار البائع الرجوع رجع في المبيع مع الزيادة "[٦]، وجاء في الإنصاف : " وعنه أن الزيادة لا تمنع الرجوع "[٧].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن الزيادة المتصلة في المبيع تمنع البائع من الرجوع : بأن هذه الزيادة حدثت في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كسائر أموال المفلس، فلما لم يكن له الحق في أخذ هذه الزيادة المتصلة امتنع عليه أخذ العين ، لأنه لا يمكن فصل الزيادة منها [٨].

---

(١) ٢٩٢/٥ .

(٢) انظر : الذخيرة ١٧٩/٨ ، حاشية الخرشي ٢١٤/٦.

(٣) انظر : الوسيط ٢٧/٣ ، المهذب ١١٩/٢ ، روضة الطالبين ٣٩٣/٣ ـ ٣٩٤ .

(٤) انظر : المحرر ٣٤٥/١ ، الإنصاف ٢٩٢/٥ ، المبدع ٣١٧/٤.

(٥) ١٧٩/٨.

(٦) ١١٩/٢.

(٧) ٢٩٢/٥.

(٨) انظر : المغني ٥٤٩/٦ ، المبدع ٣١٧/٤.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون أن الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع بما يلي :

الدليل الأول :

حديث أبي هريرة المتقدم .

وجه الدلالة :

أن الحديث عام في إعطاء البائع حق الرجوع في سلعته التي بيد المفلس، سواء زاد المبيع أم لم يزد [١].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث فيمن وجد سلعته على صفتها من غير زيادة ، وهنا تغيرت هيئة السلعة عن حال البيع ، بأن زادت على ما كانت عليه [٢].

الثاني : أنه محمول على من وجد متاعه ولم يتعلق به حق آخر ، وهنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة التي وجدت في ملك المفلس [٣].

الدليل الثاني :

أن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع وحل العقد فلا تمنعه المتصلة ، قياسا على فسخ البيع بسبب العيب [٤].

---

(١) انظر : الذخيرة ١٧٩/٨ ، المبدع ٣١٧/٤.

(٢) انظر : المغني ٥٥٠/٦.

(٣) المصدر السابق .

(٤) انظر : الحاوي ٢٦٩/٦ ، الذخيرة ١٧٩/٨ ، المغني ٥٤٩/٦.

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن المشتري هو الذي يملك فسخ العقد بسبب العيب لا البائع . فإذا رجع وفسخ فقد رضي بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع ، بخلاف ما نحن فيه [1].

الثاني : أن الفسخ في الرد بالعيب كان لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم، والفسخ هنا بسبب حادث ، فلا يستحق به استرجاع العين الزائدة [2].

الراجـــح :

الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ، والذي يقضي بأن الزيادة المتصلة في المبيع تمنع الرجوع ، فلا يكون للبائع استرجاع المبيع بعد فلس المشتري ، وقد زاد زيادة متصلة ، وذلك لأن الحديث الذي أعطى حق الاسترجاع للبائع مقيد ببقاء العين على الحال التي كانت عليه وقت العقد ، والعين بالزيادة المتصلة قد تغيرت . فلم تعد على هيئتها ، لذا لا تدخل هذه الحال في عموم الحديث ، كما أن في الرجوع ضرراً على المفلس وعلى الغرماء ، فلا يرفع ضرر البائع بالإضرار بالمفلس والغرماء ، فالضرر لا يزال بالضرر .

الشرط السادس : أن تكون السلعة باقية لم يتلف جزء منها .

لا خلاف بين الفقهاء في أن البائع إذا أدرك سلعته باقية بعينها في يد المفلس ولم يتلف جزء منها أن له الرجوع فيها [3]. أما إذا تلف بعض السلعة فإن الفقهاء قد اختلفوا في استحقاق البائع الرجوع على قولين :

---

(١) انظر : المغني ٦ ٥٤٩ . المحلى ٤٨٤/٦ .

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٦ ٦١٨ ، حاشية الدسوقي ٤٥٧/٤ ، المهذب ١١٦/٢ . روضة الطالبين ٣٨٣/٣ ، المغني ٥٤٣/٦ ، الإنصاف ٢٨٧/٥.

القول الأول : أن للبائع الرجوع . فيرجع فيما بقي . ويحاص الغرماء في التالف.

وهو قول الشافعية [١].

جاء في الوسيط : " أما نقصان الصفة إن حصل بآفة سماوية فالبائع إما أن يقنع بعيبه أو يضارب مع الغرماء بالثمن "[٢].

القول الثاني : أن البائع لا حق له في الرجوع واسترداد المبيع .

وهو قول الحنابلة [٣].

جاء في المغني : " البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمس شرائط . أحدها : أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها ، فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار .. أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع "[٤].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن البائع له الرجوع في المبيع ولو تلف بعضه بعموم حديث أبي هريرة ، حيث لم يفرق بين كون العين ناقصة أم غير ناقصة [٥].

يناقش : أن الحديث لم يأت مطلقاً بهذا الوجه ، وإنما ورد مقيداً ببقاء السلعه بعينها ، وهنا لم تبق السلعة بعينها لما طرأ عليها من التلف والنقص ، فلا يصح الاستدلال بعموم هذا الحديث .

---

(١) انظر : الوسيط ٢٦/٣ ، مغني المحتاج ١٢١/٣ ، نهاية المحتاج ٣٤٣/٤.

(٢) ٢٦/٣.

(٣) انظر : المغني ٥٤٣/٦ ، الإنصاف ٢٨٧/٥ . حاشية ابن قاسم ١٧٣/٥.

(٤) ٥٤٣/٦.

(٥) انظر : المبدع ٣١٥/٤.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون أن البائع لا حق لـه في الرجـوع إذا تلـف بعـض المبيـع بما يلي:

الدليل الأول :

عموم حديث أبـي هريـرة . فـإن قولـه : " بعينـه" يقتضـي أن يكـون المبيـع سليماً كما كان ، فإن تلف منه شيء انتفى شرط السلامة ، وصار المبيع على حال غير التي كان عليها وقت العقد ، فيكون البائع أسوة الغرماء [١].

الدليل الثاني :

أن إدراك البـائع السـلعة بعينهـا عنـد المفلـس لا يفضـي إلى المنازعـة عنـد الرجوع فيها ، بخلاف ما إذا وجد بعض السلعة وقلنا بالرجوع فيه ، فـإن رجوعـه يفضي إلى الخصومة والمنازعة. فيمنع رجوعه إغلاقاً لهذا الباب [٢].

الراجـح :

القول الراجح من هذين القولين هو القول الثاني ، والذي اعتبر تلف بعض السلعة مانعاً من موانع الرجوع ، وذلـك لعمـوم الحديـث ، حيـث اشـترط فيـه أن تكون السلعة غير متغيرة . والتي تلف بعضها قد تغيرت ، فلا يكون البائع أحق بها من بقية الغرماء .

الشرط السابع : ألا يبذل الغرماء ثمن السلعة للبائع .

إذا بذل الغرماء ثمن السلعة للبائع فهل يكون ذلك مانعاً من رجوع البـائع. ومسقطاً حقه في استرجاع المبيع ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

---

(١) انظر : المغني ٦/٥٤٣.

(٢) المصدر السابق .

القول الأول : يسقط حقه في الرجوع ، فلا يكون له فسخ البيع واسترجاع سلعته

وهو قول المالكية [١]، وقول للشافعية [٢].

جاء في الإشراف : "إذا بذل الغرماء للبائع ثمن السلعة لم يكن له الفسخ"[٣].

وجاء في مغني المحتاج : " وقيل ليس له الفسخ "[٤].

القول الثاني : لا يسقط حقه في الرجوع ، فله الرجوع في سلعته ولو بذل الغرماء الثمن.

وهو قول الشافعية [٥] ، والحنابلة [٦].

جاء في مغني المحتاج : " ولو قال غرماء المفلس لمن له حق الفسخ لا تفسخ ونفديك بالنمن فله الفسخ "[٧]. وجاء في المبدع : " فلو بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة لم يلزمه قبوله نص عليه "[٨].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن البائع يلزمه قبول ما بذله الغرماء ثمنا لسلعته ، فإن امتنع سقط حقه في الرجوع بما يلي :

---

(١) انظر : الإشراف ٥٨٧/٢ ، حاشية الدسوقي ٤٦١/٤ ، حاشية الخرشي ٢١٤/٦.

(٢) انظر : مغني المحتاج ١١٩/٣ ، نهاية المحتاج ٣٢٠/٤ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٤/٢.

(٣) ٥٨٧/٢ .

(٤) ١١٩/٣.

(٥) انظر : مغني المحتاج ١١٩/٣ ، نهاية المحتاج ٣٤٠/٤ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٤/٢.

(٦) انظر : المغني ٥٤٠/٦ ، المبدع ٣١٣/٤.

(٧) ١١٩/٣.

(٨) ٣١٣/٤.

الدليل الأول :

أن الأصل بقاء السلعة في ملك المشتري وهم نوابه ، فإذا دفعوا له الثمن فلا رجوع له ، كما لو دفع المشتري الثمن ، لأن حق الفسخ إنما ثبت للبائع لتعذر القبض ، فإذا بذل له فقد زال التعذر ، فلم يكن له الفسخ [١].

يناقش : بعدم التسليم أنهم نوابه ، بل هم غرماؤه ، فالذي بذلوه من ثمن للسلعة ليس مالاً للمشتري المفلس ، حتى يكونوا نواباً له في دفعه للبائع ، وإنما هو مالهم ، فلم يلزم المشتري قبوله .

الدليل الثاني :

أن أخذ السلعة إنما يستحقه البائع لعدم قبضه الثمن ، فإذا دفع له الثمن لم يكن له الرجوع ، كما لو زال العيب من المبيع [٢].

يناقش : بأن هذا التعليل صحيح فيما لو كان دفع الثمن من قبل المشتري، فلما كان من غيره لم يلزم البائع قبوله .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن البائع له الرجوع في سلعته ولو بذل الغرماء الثمن بمايلي :

الدليل الأول :

عموم حديث أبي هريرة ، فقد دل على أن البائع له حق الرجوع في عين ماله، ولم يشترط فيه عدم دفع الغرماء ثمن السلعة [٣].

---

(١) انظر : الذخيرة ١٧٧/٨.
(٢) انظر : الإشراف ٥٨٧/٢.
(٣) انظر : المغني ٥٤٠/٦.

الدليل الثاني :

أن الغرماء تبرعوا بدفع الحق وهو ليس عليهم ، فلم يجبر صاحب الحق على قبضه ، كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذله غيره [١].

الراجـح :

الذي يظهر لي رجحانه هـو القـول الثـاني ، وذلـك لعمـوم الحديـث ، فـإن البائع قد ثبت حقه في الاسترجاع بمجرد فلس المشتري وإدراك سلعته عنده بعينها. فلا يسقط هذا الحق ببذل الغرماء الثمن ، ولكن قبول هذا البذل أولى مـن رده مـا لم تكن فيه منة أو ضرر ، أما إذا دفع الغرماء الثمن للمفلس فدفعه للبـائع فحينئـذ لا يكون له الرجـوع ، لأن عجـز المشـتري عـن تسـليم الثمـن قـد زال ، وبزوالـه يسقط حق البائع في الرجوع .

الشرط الثامن : أن يكون الثمن حالاً .

لا خلاف في أن البائع له الرجوع في سلعته إذا كان ثمنها حـالاً [٢]، أمـا إذا كان مؤجلاً فإن الفقهاء قد اختلفوا في استحقاق البائع الرجوع على قولين :

القول الأول : ليس للبائع الرجوع في عين ماله المبيع بثمن مؤجل .

وهو المذهب عند الشافعية [٣]، وقول بعض الحنابلة [٤].

جاء في روضة الطالبين : " الوصف الثاني : كون الثمـن حـالاً ، فلـو كـان مؤجلاً فلا فسخ على المذهب [٥]. وجاء في المبدع : " شرط بعض أصحابنا أيضـــا

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : الأشراف ٥٨٩/٢ ، بداية المجتهد ١٤٥٥/٤ ، المهذب ١١٨/٢ ، مغني المحتاج ١١٨/٣ ، المغني ٥٦٤/٦ ، ٥٦٥ ، المبدع ٣٢٠/٤ .

(٣) انظر : المهذب ١١٨/٢ ، روضة الطالبين ٣٨٥/٣ ، مغني المحتاج ١١٨/٣.

(٤) انظر : المغني ٥٦٤/٦ ، المبدع ٣٢٠/٤ ، كشاف القناع ٥٠١/٣.

(٥) ٣٨٥/٣ .

أن يكون الثمن حالاً . فإن كان مؤجلاً فلا رجوع للبائع "[١].

القول الثاني : يوقف مال المفلس ـ السلعة ـــ إلى أن يحل الأجل ، فإذا حل الأجل استحق البائع الرجوع .

وهو قول بعض الشافعية [٢] ، والمنصوص عند الحنابلة [٣].

وجاء في المهذب : " ومن أصحابنا من قال : " لايباع بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك" [٤]، وجاء في المبدع : " زالمنصوص أنه يوقف إلى الأجل ثم يعطاه ..." [٥].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن البائع لا حق له في الرجوع إذا كان ثمن السلعة مؤجلاً ، بأن دين البائع مؤجل . وديون الغرماء حالة ، فيقدم الحال على المؤجل ، ويكون البائع في هذه الحالة كمن لم يجد سلعته بعينها [٦].

يناقش : بأن دين البائع وإن كان مؤجلاً فإنه مقدم على غيره ، لتعلق حقه بعين السلعة ، فيكون أحق من الغرماء بها .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن مال المفلس ـ السلعة ـ يوقف إلى أن يحل الأجل ، فإذا حل استحق البائع الرجوع بما يلي :

---

(١) ٣٢٠/٤.

(٢) انظر : المهذب ١١٨/٢ . روضة الطالبين ٣٨٥/٣ ، مغني المحتاج ١٠٨/٣.

(٣) انظر : المغني ٥٦٤/٦ . المبدع ٣٢٠/٤ . كشاف القناع ٥٠١/٣.

(٤) ١١٨/٢ .

(٥) ٣٢٠/٤.

(٦) انظر : فتح العزيز ٢٠٢/١٠ . المغني ٥٦٥/٦.

الدليل الأول:

عموم حديث أبي هريرة ، فإن البائع بثمن مؤجل وجد سلعته بعينها عند رجل قد أفلس فيكون أحق بها ، عملاً بالحديث ، ولا يمنع من ذلك كون الثمن مؤجلاً ، ويكون أثر التأجيل بتأخير مطالبة البائعَ حتى يحل الأجل [١].

الدليل الثاني :

أن حق البائع قد تعلق بعين السلعة ، فيقدم على غيره ممن تعلق حقه بذمة المدين ، كما يقدم المرتهن على غيره من الغرماء لتعلق حقه بالعين [٢].

الراجح :

تبين لي بعد هذا العرض رجحان القول الثاني ، وذلك لدخوله في عموم هذا الحديث ، ولأن القول باستحقاق البائع لعين ماله وإبقائها لحين حلول الأجل أقرب إلى العدل وأبعد عن الضرر ، فإنه إذا كان في القول بحلول الديون المؤجلة إضرار بالمشتري ، ففي القول بعدم استحقاق البائع بثمن مؤجل لعين ماله إضرار بالبائع، حيث سيباع عين ماله . ولا يشارك أصحاب الديون الحالة، وقد تقرر أنه: " لا ضرر ولا ضرار ".

الشرط التاسع : أن يكون المفلس قد ملكها قبل الحجر عليه .

اتفق الفقهاء على أن المفلس إذا اشترى سلعة بعد الحجر عليه بثمن في ذمته بأن شراءه صحيح [٣]، ولكن اختلفوا في حق البائع في الرجوع بعين سلعته على ثلاثة أقوال :

---

(١) انظر : فتح العزيز ١٠ ٢٠٢ . كشاف القناع ٥٠١/٣ .

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) انظر : الشرح الكبير ٤٥٨/٤ . حاشية الخرشي ٢١٤/٦، المهذب ١١٧/٢ ، روضة الطالبين ٣٨٩/٣، المغني ٥٤١/٦ . شرح منتهى الإرادات ١٦١/٢.

القول الأول : ليس للبائع الرجوع في سلعته .

وهو قول المالكية [١]. وقول للشافعية [٢]

جاء في الشرح الكبير : " فإن وقع ـ أي الحجر ـ قبله ـ أي قبل الشراء ـ بعد قبض السلعة فلا يكون أحق به " [٣]، وجاء في مغني يالمحتاج : " والثالث : ليس له ذلك مطلقاً "[٤].

القول الثاني : أن البائع إن با ع السلعه وهوعالم بفلس المشتري فليس له الرجوع ، وإن كان جاهلاً بفلسه ثبت له الرجوع .

وهو الأصح عند الشافعية [٥]، ووجه عند الحنابلة [٦].

جاء في مغني المحتاج : والأصح أنه ليس لبائع المفلس في الذمة أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال ، وإن جهل فله ذلك [٧]، وجاء في المغني : " وفيه وجه : إن باعها عالماً بفلسه فلا فسخ له ، وإن لم يعلم فله الفسخ "[٨].

القول الثالث: للبائع الرجوع مطلقاً ، سواء علم بفلسه أم لم يعلم ".

وهو قول للشافعية [٩]. وقول الحنابلة [١٠].

---

(١) انظر : الشرح الكبير ٤٥٨/٤ . حاشية الخرشي ٢١٤/٦.

(٢) انظر : المهذب ١١٧/٢ . مغني المحتاج ١٠٣/٣ . فتح الجواد ٤٧٢/١.

(٣) ٤٥٨/٤ .

(٤) ١٠٣/٣.

(٥) انظر : معني المحتاج ١٠٣/٣ . نهاية المحتاج ٣١٩/٤ ، فتح الجواد ٤٧٢/١.

(٦) انظر : المغني ٥٤٠/٦ ـ ٥٤١ . المبدع ٣١٤/٤ . حاشية ابن قاسم ١٧٣/٥ ، ١٧٤.

(٧) ١٠٣/٣ .

(٨) ٥٤٠/٦ ، ٥٤١ .

(٩) انظر : مغني المحتاج ١٠٣/٣ . نهاية المحتاج ٤ ٣١٩ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢ ٢٨٨.

(١٠) انظر المغني ٤٥١/٦ ، المبدع ٤ ٣١٤ ، كشاف القناع ٤٩٦/٣.

جاء في مغني المحتاج : " والثاني : له ذلك .." [١]، وجاء في المغني : " فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته لم يكن له الفسخ ، سواء علم أو لم يعلم " [٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن البائع لا حق له في الرجوع بما يلي :

الدليل الأول :

أن البائع باع السلعة مع العلم بخراب ذمة المفلس، فلم يثبت له الفسخ ، كما لو اشترى سلعة معيبة مع العلم بعيبها ، وإن لم يكن عالما بفلسه فهو مقصر أيضاً لعدم التحري [٣].

يناقش : بعدم التسليم أن البائع مقصر أو مفرط ، لأن تكليف التجار بالسؤال عن حال كل من اشترى منهم فيه مشقة لا تخفى ، لذا فإنه لا يصح القول بأن البائع قد فرط بترك السؤال فيعاقب نتيجة تفريطه بإقساط حقه في الرجوع.

الدليل الثاني :

أن البائع لا يستحق المطالبة بثمن المبيع فلا يستحق الفسخ لتعذره ، كما لو كان الثمن مؤجلاً [٤].

يناقش : بأن هذا الاستدلال يصح فيما إذا كان البائع عالماً بفلس المشتري وقت العقد ، أما إذا كان غير عالم بذلك فإنه يستحق الرجوع ، لأن حقه بمطالبة

---

(١) ١٠٣/٣ .

(٢) ٤٥/١٦.

(٣) انظر : نهاية المحتاج ٣١٩/٤ . المغني ٥٤٠/٦ .

(٤) انظر : نهاية المحتاج ٣١٩/٤ . المغني ٥٤١/٦.

المشتري بالثمن ثابت بمقتضى العقد . فلما تعذر قبضه لفلس المشتري استحق الرجوع بعين سلعته .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن البائع لا حق له في الرجوع إن علم بفلس المشتري، أما إن جهله فله الرجوع : بأن العالم بفلس المشتري دخل على بصيرة ، فلم يكن له الرجوع ، كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه ، فإنه لا يستحق الرجوع بذلك العيب ، لأنه دخل على بصيرة ، وهذا يدل على رضاه بالمبيع معيباً ، بخلاف الجاهل فإن له الرجوع واسترداد المبيع . لأن الغالب على الناس عدم الحجر ، فلم يكن مقصراً بعدم السؤال عنه ، فيكون له الرجوع بظاهر الحديث [١].

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون : أن للبائع الرجوع مطلقاً ، سواء علم بفلس المشتري أم لا، بعموم الحديث ، لأنه أثبت للبائع حق الرجوع بعين سلعته ، وهذا يشمل من باع قبل الحجر على المفلس أو بعده [٢].

يناقش : أن البائع في هذه الحال لا يدخل في عموم الحديث ، لأن ألفاظ الحديث دلت على أن الإفلاس المثبت لخيار الرجوع بعين السلعة هو الذي يكون بعد انعقاد البيع ، فلا ينبغي أن يحمل النص ما لا يحتمل ، وأن يدخل فيه ما ليس في نطاقه ، ويستثنى من هذا الجاهل بحال المفلس المحجور عليه وقت التعاقد ، فإنه يدخل في عموم الحديث لأنه معذور بجهله .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ١٠٣/٣ . نهاية المحتاج ٣١٩/٤.

(٢) انظر : المغني ٥٤١/٦ ، حاشية ابن قاسم ١٧٣/٥ .

الراجــح :

الذي يبدو لي رجحانه من هذه الأقوال هو القول الثاني : إن البائع إن كان عالماً بفلس المشتري فليس له الرجوع ، لأنه دخل على بصيرة ، أما إن كان جاهلاً، فإن له الرجوع لأنه معذور بجهله ، ولا يصح أن يقال بأنه مفرط فيعاقب نتيجة تفريطه ، فالبائع هنا باع من طنه مليئاً غير محجور عليه استصحاباً لحال غالب الناس ، ثم تبين له أنه مفلس . فكان له الحق في استرجاع المبيع بالنص ، لدخوله في عمومه .

الشرط العاشر : أن يكون المبيع باقياً في ملك المفلس .

اتفق الفقهاء على أن المبيع إذا خرج عن ملك المفلس ببيع أو هبة ونحو ذلك ، لم يكن للبائع فسخ البيع واسترجاع المبيع ، بل يكون أسوة الغرماء ، لأنه لم يجد سلعته قائمة بعينها [١]. أما إذا خرج المبيع عن ملك المفلس ثم رجع إليه مرة أخرى ، فإن الفقهاء قد اختلفوا في رجوع البائع بعين المبيع على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن للبائع الرجوع .

وهو وجه عند الشافعية [٢]. والصحيح من مذهب الحنابلة [٣].

جاء في المهذب : "وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه ، ففيه وجهان: أحدهما له أن يرجع " [٤]، وجاء في الإنصاف : "والصحيح من المذهب أن له الرجوع " [٥].

---

(١) انظر : الذخيرة ١٧٣/٨ ، حاشية الدسوقي ٤/٤٦٤، روضة الطالبين ٣٩١/٣ ، فتح الجواد ٤٧١/١، الإنصاف ٢٨٩/٥ . كشاف القناع ٤٩٦/٣ .

(٢) انظر . المهذب ١١٨/٢ . روضة الطالبين ٣٩١/٣ . فتح الجواد ٤٧١/١.

(٣) انظر : المغني ٥٦٣/٦ ، الانصاف ٢٨٩/٥ . المبدع ٣١٥/٤.

(٤) ١١٨/٢.

(٥) ٢٨٩/٥.

القول الثاني : ليس للبائع الرجوع .

وهو وجه عند الشافعية [١]، وقول للحنابلة [٢].

جاء في المهذب : " ... والثاني : لا يرجع "[٣]، وجاء في الإنصاف : "وقيل ليس له الرجوع "[٤].

القول الثالث : التفصيل .

وهو قول للمالكية [٥]. ووجه عند الحنابلة [٦].

أولاً : إن عاد المبيع للمشتري بسبب جديد كبيع أو إرث .. فليس للبائع الرجوع .

ثانياً : إن عاد إليه بفسخ أو رد بعيب فله الرجوع .

جاء في حاشية الخرشي : "... ثم إذا ردت على المفلس بعيب بها فلبائعها أن يأخذ عين شيئه ... وإذا ردت بإقالة أو شراء أو هبة أو وصية أو إرث فليس له إليها سبيل "[٧]، وجاء في الإنصاف : " وقيل : إن عادت إليه بسبب جديد كبيع وهبة وإرث ووصية لم يرجع ، وإن عادت إليه بفسخ كالإقالة والرد بالعيب والخيار ونحوه فله الرجوع "[٨].

---

(١) انظر : المهذب ١١٨/٢ . روضة الطالبين ٣٩١/٣.

(٢) انظر : الإنصاف ٢٨٩/٥ . المبدع ٣١٥/٤ . كشاف القناع ٤٩٦/٣.

(٣) ١١٨/٢ .

(٤) ٢٨٩/٥ .

(٥) انظر : الذخيرة ١٧٣/٨ . حاشية الدسوقي ٤٦٤/٤ ، حاشية الخرشي ٢١٨/٦ ـ ٢١٩.

(٦) انظر : الإنصاف ٢٩٩/٥ . المبدع ٣١٥/٤.

(٧) ٢١٨/٦ ـ ٢١٩

(٨) ٢٨٩/٥ .

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن للبائع الرجوع : بعموم الحديث ، وذلك لأن البائع وجد عين ماله خالياً من حق غيره ، فكأن المشتري لم يخرجها عن ملكه[(١)].

يناقش : بأن الحديث دل على أن البائع له الرجوع بعين سلعته التي وجدها عند المشتري المفلس ، أما السلعة في مسألتنا هذه فقد ملكها المشتري لشخص آخر، ثم عادت إليه بنحو بيع ، فتكون السلعة حينئذ عين مال البائع الثاني لا الأول ، فلا يكون للبائع الأول الرجوع بدعوى أنه أدرك عين سلعته عند المفلس.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أنه لبس للبائع الرجوع : بأن الملك الأخير للسلعة لم ينتقل إلى المشتري من البائع الأول ، وإنما كان ذلك من قبل طرف آخر ، فلم يكن للبائع الأول حل العقد وفسخه [(٢)].

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بالتفصيل : بأن رجوع المبيع إلى ملك المشتري المفلس بأي سبب من أسباب الفسخ في البيوع كالفسخ بالعيب ونحو ذلك يلغي أثر البيع الحادث على البيع الأول ، فكأن المبيع لم يخرج عن ملك المفلس ، بخلاف رجوع المبيع للمشتري بسبب جديد كبيع وإرث ونحو ذلك ، فإن هذا الرجوع لا يعد ناقضاً للبيع الأول ، بل هو تملك جديد ، فتكون السلعة هنا ملكاً للبائع الثاني انتقلت إلى المفلس بسبب من أسباب التمليك الصحيح [(٣)].

---

(١) انظر : المهذب ١١٨/٢ ، المغنى ٥٦٣/٦.

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) انظر : المغني ٥٦٣/٦ .

الراجـــح :

الذي يظهر لي رجحانه هو القول الأخير ، الذي يقضي بأن البائع له الرجوع في عين سلعته إن انتقض البيع الحادث بالفسخ ، لأن رجوع المبيع إلى المفلس في هذه الحالة لم يكن من قبيل التمليك ، بل من قبيل الاسترجاع ، لذا فإن البائع إذا أراد الرجوع كان له ذلك لأنه أدرك ـ في الحقيقة ـ عين سلعته ، بخلاف ما إذا رجع المبيع إلى المفلس بسبب من أسباب التمليك ، فإن البائع الأول لا يكون له الحق في ذلك ، لأن ما أدركه عند المفلس لم يعد عين ماله ، لأنه انتقل إلى المشتري من غيره ، فيكون هذا المال كسائر أموال المفلس ، يستوى في استحقاقه والمطالبة به سائر الغرماء ، وهو واحد منهم .

الفصل الخامس

الرجوع بسبب اختلاف المتبايعين

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع بسبب الاختلاف في الثمن .

المبحث الثاني : الرجوع بسبب الاختلاف في المثمن .

الفصل الخامس

الرجوع بسبب اختلاف المتبايعين[١]

المبحث الأول

الرجوع بسبب الاختلاف في الثمن

إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن ، بأن ادعى البائع قدراً زائداً ، أو العكس بأن ينقص المشتري من قدر الثمن . فما أثر هذا الاختلاف على هذا البيع، هل يكون مبطلاً له ، أم أنه يعطى الخيار في الفسخ والرجوع عن العقد للعاقدين، أم أنه يؤخذ بقول أحدهما ؟ للاجابة على ذلك لابد أن نفرق بين حالين للسلعة يختلف الحكم باختلافهما ، وهاتان الحالان هما :

الحال الأولى : أن تكون السلعة قائمة .

اختلف الفقهاء في أثر اختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة قائمة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن القول قول البائع مع يمينه ، أو يترادان .

وهو رواية عند الحنابلة [٢].

جاء في الإنصاف : " ونقل أبو داود ، أن القول قول البائع أو يترادان"[٣].

---

(١) الاختلاف لغة : ضد الاتفاق . يقال : تخالف الأمران واختلفا لم يتفقا ، وكل ما لم يتساو فقد تخالف واختلف، وخالفته مخالفة واختلافاً ، وتخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد منهم إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر .

انظر : لسان العرب مادة (خلف)(٢ / ١٢٤٠) المصباح مادة (خلف)(١٧٩).

واصطلاحاً : لم أقف على تعريف للفقهاء في اختلاف المتعاقدين على وجه الخصوص ، ويمكن أن يعبر عنه ، بأنه : تنازع المتعاقدين وعدم توافقهما على شيء واحد ".

(٢) انظر : الإنصاف ٤٤٦/٤ . المبدع ١١٠/٤ . شرح منتهى الإرادات ٥٦/٢.

(٣) ٤٤٦/٤.

القول الثاني : أنهما يتحالفان ويتفاسخان .

وهو قول الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والمذهب عند الحنابلة [٤].

جاء في المبسوط : " وإذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البائع أو المشتري فإنهما يتحالفان ويترادان "[٥]، وجاء فى جواهر الإكليل : وإن اختلفا في قدره ـ أي الثمن ـ بأن قال البائع عشرة ، وقال المشتري ثمانية حلفا وفسخ ما لم يفت المبيع "[٦]، وجاء في المهذب : " إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ولم تكن بينة تحالفا " [٧]، وجاء في المغني : " إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولم يكن لهما بينة تحالفا "[٨].

القول الثالث : أن القول قول المشتري مع يمينه .

وهو رواية عند الحنابلة [٩].

. جاء في المغني : " وعنه : القول قول المشتري مع يمينه "[١٠].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : إن القول قول البائع مع يمينه أو يترادان بما يلي:

---

(١) انظر : المبسوط ١٣ ٢٩ . بدائع الصنائع ٣٦٨/٥ . حاشية ابن عابدين ١٥١/٤.

(٢) انظر الإشراف ٥٧٣/٢ . جواهر الإكليل ٩٦/٢ . التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤٦٨/٦.

(٣) انظر : المهذب ٦٥/٢ ، روضة الطالبين ٢٣٠/٣ ، نهاية المحتاج ١٦٧/٤.

(٤) انظر : المغني ٢٧٨/٦ ، المبدع ١١١/٤ . كشاف القناع ٢٧٤/٣ .

(٥) ٣٠/١٣.

(٦) ٩٦/٢ .

(٧) ٦٥/٢ .

(٨) ٢٨٧/٦ .

(٩) انظر : المغني ٢٨٧/٦ . الإنصاف ٤٤٦/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٥٦/٢.

(١٠) ٢٨٧/٦ .

الدليل الأول :

ما روي عن محمد بن الأشعث أنه قال : اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفا ، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم ، فقال : إنما أخذتهم بعشرة آلاف ، فقال عبد الله : اختر رجلاً يكون بيني وبينك ، قال الأشعث : أنت بيني وبين نفسك ، قال عبد الله : فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة ، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان " ، وفي رواية : " أو يترادان البيع "[١].

وجه الدلالة :

أن الحديث أفاد أن القول عند الاختلاف بين المتبايعين إنما هو للبائع ، فإن رضي المشتري بقول البائع مضى العقد ، وإن لم يرض ترادا البيع [٢].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث ضعيف ، فقد ضعفه جماعة من أهل الحديث ، والضعيف لا حجة فيه [٣].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٧٨٠/٣). والترمذي في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب إذا اختلف البيعان (٥٦١/٣)، والنسائي في سننه ـ كتاب اختلاف المتبايعين بالثمن (٣٠٢/٧) ، وابن ماجه في سننه ـ كتاب التجارات ـ باب البيعان يختلفان (٧٣٧/٢) . وأحمد في المسند (٢٠٤/٦) ، والدارقطني في سننه كتاب البيوع (٢٠/٣) .

(٢) انظر : الإشراف ٥٧٤/٢ . نيل الأوطار ٢٣٧/٥.

(٣) انظر : المحلى ٢٥٧/٧ . معالم السنن ١٢٨/٣ ، ١٢٩ ، نصب الراية ١٠٥/٤ ، ١٠٦ ، التلخيص الحبير ٣٠/٣، ٣١ .

أجيب : أن الحديث وإن كان في بعض طرقه ضعف ، إلا أنه يثبت بمجموعها ، فقد جاء الحديث من ست طرق يقوى بعضها بعضاً [١].

---

(١) هذا الحديث جاء من ست طرق :

الأولى : أخرجه أبو داود : عن أبي عميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده أن عبد الله بن مسعود قال : " .. الحديث ". قال ابن حزم في المحلى (٢٥٧/٧) بعد أن أورد هذا الإسناد : وهذا كله لا حجة به ، ولا يصح منه شيء ... ، وعبد الرحمن بن محمد بن الأشعث ظالم من ظلمة الحجاج لا حجة في روايته ، وأيضاً فلم يسمع منه أبو عميس شيئاً لتأخر سنه عن لقائه ، وأيضاً فهو خطأ . وإنما هو عبد الرحمن بن محمد بن قيس بن محمد الأشعث ، وهو مجهول ، ابن مجهول . وأيضاً محمد بن الأشعث لم يسمع من ابن مسعود . فلا يصح التعلق به " ، وقال الزيلعي في نصب الراية (١٠٦/٤) : قال ابن القطان : فيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود . ومع الانقطاع فعبد الرحمن بن قيس مجهول الحال . وكذلك أبوه قيس ، وكذلك جده . إلا أنه اشهرهم ... ولكن روايته عن ابن مسعود منقطعة ". وقد صحح الحاكم هذا الإسناد ووافقه الذهبي . فقال في المستدرك (٤٥/٢): صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ، وقال البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٣/٥) : " هذا إسناد حسن موصول ".

الثانية : أخرجه الترمذي : عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود مرفوعاً.

قال الترمذي في السنن (٥٦١/٣) بعد أن ساق الحديث من هذا الطريق : " حديث مرسل . فإن عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود " ، وبنحوه قال البيهقي في سننه (٣٣٣/٥) . وقال الحافظ في التلخيص (٣٠/٣):" فيه انقطاع ".

الثالثة : أخرجه الترمذي : عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود .

قال الترمذي : (٥٦١/٣): " مرسل " ، أي منقطع بين القاسم وجده ابن مسعود ، ولكنه جاء موصولاً عند الدارقطني (٢٠/٣) من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه ، قال الحافظ في التلخيص الحبير (٣١/٣) : وله طريق أخرى عند الدارقطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : باع عبد الله . فذكر القصة والحديث ، ورجاله ثقات إلا أن عبد الرحمن اختلف في سماعه من أبيه " ، وممن أثبت سماعه من أبيه : سفيان الثوري وابن معين والبخاري وأبو حاتم ، انظر : تهذيب التهذيب (٢١٥،٦ ، ٢١٦) .

الرابع : أخرجه الدارقطني : عن عصمة بن عبد الله ، نا إسرائيل عن الأعمش عن أبي وائل .=

الثاني : أن هذا الحديث معارض بقوله ﷺ : واليمين على المدعى عليه"[1]، ووجه هذا التعارض : أن الحديث الثاني يدل على أن اليمين على المدعى عليه ، والبينة على المدعي ، وهذا عام في كل الأبواب ، غير مختص بباب دون آخر ،

= الخامسة : أخرجه الطبراني في المعجم الكبير . حدثنا محمد بن هشام . نا عبد الرحمن بن صالح . نا فضيل بن عياض عن منصور عن إبراهيم عن علقمة به . قال في التلخيص (٣١/٣)، وهذا إسناد متصل . ورجاله كلهم ثقات ".

السادسة : أخرجه النسائي . عن عبد الملك بن عبيد عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه .

قال البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٣/٥) : وهو مرسل . فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه شيئاً . وعبد الملك بن عمير هو الصواب " . وقال الحافظ في التلخيص (٣١/٣) : فيه انقطاع على ما عرف من اختلافهم في صحة سماع أبي عبيدة من أبيه " . وصححه الحاكم في المستدرك (٤٨/٢) فقال : " حديث صحيح إن كان المحفوظ في إسناده عبد الملك بن عمير ".

وبعد هذه الدراسة لأسانيد وطرق هذا الحديث نخلص إلى أن هذا الحديث صحيح بمجموع طرقه ، وقد ذهب إلى هذا جماعة من المحققين . قال الخطابي في معالم السنن (١٦٥/٥) :" هذا حديث قد اصطلح الفقهاء على قبوله . وذلك يدل على أن له أصلاً ، وقال الزيلعي في نصب الراية (١٠٧/٤) :" وقال صاحب التنقيح : والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل . بل هو حسن يحتج به ، ولكن في لفظه اختلافاً ، والله أعلم ، قلت : ويدل على ذلك أن مالكاً أخرجه في الموطأ بلاغاً ..." . وقال ابن القيم في تهذيب السنن ١٦٢/٥ : " وقد روى حديث ابن مسعود من طرق عن ابن مسعود يشد بعضها بعضاً ، وليس فيها مجروح ولا متهم ". وقال الألباني في إرواء الغليل ١٦٦/٥ : " أما إن الحديث قوي بمجموع طرقه ، فذلك مما لا يرتاب فيه الباحث ".

وقد أطلت الكلام على هذا الحديث نظراً لأن الخلاف في هذا الباب سببه الاختلاف في صحة الحديث وضعفه. فكانت هذه الإطالة للوقوف على مدى صحة هذا الحديث .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب التفسير ــ باب تفسير سورة آل عمران (١٦٧/٥). ومسلم في صحيحه ــ كتاب الأقضية ــ باب اليمين على المدعي عليه (١٧١١/١).

فيشمل الاختلاف الحاصل بين البائع والمشتري ، فمن كان مدعيا فعليه البينة ، ومن كان مدعى عليه فلا عليه إلا اليمين [١].

يجاب : بأنه لا تعارض بين الحديثين ، فالجمع بينهما ممكن ، لأن أحدهما عام والآخر خاص ، فيحمل العام على الخاص . فحديث ابن مسعود خاص فيما إذا وقع الخلاف بين المتبايعين . وأما الحديث الآخر فهو عام في كل اختلاف ، فيعمل بعمومه باستثناء ما خص بالدليل المتقدم .

الدليل الثاني :

ما رواه عبد الملك بن عبيد : قال حضرنا أبا عبيدة بن عبد الله بن مسعود، فأتاه رجلان تبايعا سلعة فقال احدهما : أخذتها بكذا وكذا ، وقال هذا : بعتها بكذا وكذا ، فقال أبو عبيدة : أتي ابن مسعود في مثل هذا فقال : حضرت رسول الله ﷺ أتي بمثل هذا فأمر البائع أن يحلف ، ثم يختار المبتاع ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك "[٢].

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ أمر البائع أن يحلف على صحة قوله ، ثم أعطى المبتاع بعد ذلك الخيار بين المضي في العقد ، وبين الرجوع فيه وتركه .

أدلة القول الثاني :

ما روي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا "[٣].

---

(١) انظر : شرح الزركشي ٦١٢/٣ . نيل الأوطار ٢٣٧/٥.

(٢) اخرجه أحمد في المسند (١ ٤٦٦) والدارقطني في سننه ـ كتاب البيوع (١٩/٣) .

(٣) أورده السرخسي في المبسوط (٢٩/١٣) . ولم أجده في كتب الحديث والآثار التي وقفت عليها

وجه الدلالة :

دل الحديث على أن الذي يترتب على اختلاف المتبايعين والسلعة قائمة التحالف ، فإن تحالفا انفسخ البيع [١].

نوقش : بأن لفظة : " تحالفا غير موجودة في كتب الحديث ، قال الحافظ في التلخيص الحبير :" أما رواية التحالف فقد اعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث ، وإنما توجد في كتب الفقه ، فكأنه عنى الغزالي فإنه ذكرها في الوسيط ، وهو تبع إمامه في الأساليب "[٢].

الدليل الثاني :

أن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، فيتحالفان . لأن اليمين على المدعى عليه ، والبينة على المدعى ، ولما لم تقم البينة تعين التحالف طريقاً لإنهاء هذا الاختلاف [٣].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن القول بأن كلا منهما مدع ومدعى عليه غير مسلم ، لأن المدعي عليه في الحقيقة هو البائع .

الثاني : لو سلمنا أن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، فوجب أن يتحالفا ، فإن هذا مخالف لحديث ابن مسعود المتقدم فقد حكم بأن القول قول البائع بيمينه أو يترادان البيع ، فلا يعارض ما ثبت عنه ﷺ بدليل عقلي مهما كانت قوته ووجاهته .

---

(١) انظر : المبسوط ٢٩/١٣.

(٢) ٣١/٣.

(٣) انظر : المهذب ٦٥/٢ ، مغني المحتاج ٢ ٥٠٨ ، المغني ٢٧٩/٦.

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون : إن القول قول المشتري بيمينه : بقوله ﷺ : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه "(١).

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، وفي مسألتنا هذه فإن المشتري هو المدعى عليه ، والبائع هو المدعي ، لأن البائع مقر للمشتري بالشراء ، ومدعي عليه بالزيادة ، فكان القول قول المشتري بيمينه (٢).

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الزعم بأن البائع مدع والمشتري مدعى عليه غير صحيح ، فالحق أن البائع هو المدعي عليه .

الثاني : لو سلمنا بصحة ما قالوا ، فإنه مخالف لحديث ابن مسعود المتقدم، والذي فيه أن القول قول البائع مطلقاً ، فلزم الأخذ به .

الراجـــح :

تبين لي بعد عرض أدلة كل قول ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، رجحان القول الأول : إن القول قول البائع مع يمينه أو يترادان البيع ، فإذا حلف البائع ورضي المشتري لزم البيع ، فلا يكون لأحدهما الرجوع ، أما إذا لم يرض فإن المشتري يحلف ويفسخان البيع ، في حين أن للبائع الرجوع إن اختاره ابتداء، وهذا ما لم تدل القرينة على صدق أحدهما ، كما لو ادعى أحدهما ثمناً كثيراً

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب الرهن ـ باب إذا اختلف الراهن والمرتهن (١١٦/٣) ، ومسلم في صحيحه ـ كتاب الأقضية ـ باب اليمين على المدعى عليه (١٣٣٦/٣).

(٢) انظر : بداية المجتهد ١٢٧٨/٤ ، المغني ٢٧٩/٦.

والآخر يدعى ثمن مثلها ، فإن ظاهر الحال يشهد لمن يدعي ثمن المثل .

وهذا ، بناء على صحة الحديث المعتمد عليه في هذا الباب ، وهو حديث ابن مسعود ، فإنه قد جاء فيه أن القول قول البائع مطلقاً ، بصرف النظر عن كونه مدعياً أو مدعى عليه ، أما استحلاف البائع فهو وإن لم يذكر في حديث الأشعث إلا أنه قد نص عليه في حديث عبد الملك بن عبيد ، فإطلاق الحديث الأول مقيد بهذا الحديث ، فالمطلق يحمل على المقيد .

الحال الثانية : أن تكون السلعة تالفة .

اختلف الفقهاء في أثر اختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة تالفة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن القول قول البائع بيمينه أو يترادان .

وهو رواية عند الحنابلة [١].

جاء في المبدع : " وعنه : يقبل قول البائع مع يمينه " [٢].

القول الثاني : أنهما يتحالفان ويتفاسخان .

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية [٣][٤]، ورواية عند المالكية [٥]، وقول

---

(١) انظر : المبدع ٤ ١١٠ . شرح منتهى الإرادات ٥٦/٢ . كشاف القناع ٢٧٤/٣.

(٢) ١١٠/٤ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، الإمام صاحب أبي حنيفة ، أصله من دمشق ، قدم أبوه العراق . فوُلد محمد بواسط ، وصحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ، ونشر علم أبي حنيفة ، وروى عنه الإمام الشافعي ولازمه وانتفع به ، قال عنه الشافعي : كان إذا تكلم خيل لك أن القرآن أنزل بلغته ، له عدة مصنفات، منها : المبسوط ، السير الكبير . توفي سنة ١٨٩ هـ .

انظر ترجمته في . وفيات الأعيان (١٨٤/٤) ، سير أعلام النبلاء (١٣٤/٩)، شذرات الذهب (٣٢١/١).

(٤) انظر : المبسوط ٣٠/١٣ . حاشية ابن عابدين ١٥١/٤.

(٥) انظر : الإشراف ٥٧٣/٢ . بداية المجتهد ١٢٧٨/٤ ، جواهر الإكليل ٩٦/٢

الشافعية [١] ورواية عند الحنابلة [٢].

جاء في المبسوط : "وإن كانت السلعة قدهلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن ... وعند محمد يتحالفان ويترادان العقد "[٣]، وجاء في الإشراف : "إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن فعن مالك ثلاث روايات : أنهما يتحالفان ويتفاسخان على أي وجه ، وهو قول أشهب " [٤]، وجاء في روضة الطالبين : "إذا اختلف في قدر الثمن ... تحالفا سواء كانت السلعة باقية أو تالفة [٥]، وجاء في المغني : " إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها ، فعن أحمد روايتان :

إحداهما : يتحالفان" [٦].

القول الثالث : إن القول قول المشتري مع يمينه .

وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف [٧][٨]، ورواية عند المالكية [٩]، ورواية عند الحنابلة [١٠].

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٢٣٠/٣ ، نهاية المحتاج ١٥٩/٤ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٣٩/٢ .

(٢) انظر : المغني ٢٨٢/٦ ، الإنصاف ٤٤٧/٤ . شرح منتهى الإرادات ٥٦/٢.

(٣) ٣٠/١٣ .

(٤) ٥٧٣/٢ .

(٥) ٢٣٠/٣.

(٦) ٦ ٢٨٢.

(٧) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي . وهو صاحب أبي حنيفة ، كان فقيهاً عالماً حافظاً ، قال هلال بن يحي : كان أبو يوسف يحفظ التفسير والمغازي وأيام العرب وكان أقل علومه الفقه . له عدة مصنفات ، منها : الخراج ، وأدب القاضي ، توفي سنة ١٨١ هـ . انظر ترجمته في : وفيات الأعيان (٣٧٨/٦) ، البداية والنهاية (١٨٠/١٠ — ١٨٢) ، شذرات الذهب (٢٩٨/١).

(٨) انظر : المبسوط ٣٠/١٣ ، حاشية ابن عابدين ١٥١/٤.

(٩) انظر : الإشراف ٥٧٣/٢ ، بداية المجتهد ١٢٧٨/٤ ، الذخيرة ٣٢٢/٥.

(١٠) انظر : المغني ٢٨٢/٦ ، الإنصاف ٤٤٧/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٥٦/٢.

جاء في المبسوط : " وإن كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف : القول قول المشتري مع يمينه" [١]، وجاء في بداية المجتهد : " فإن فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه ، وهي رواية ابن قاسم " [٢]، وجاء في المغني :" إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد روايتان: .... والأخرى : القول قول المشتري مع يمينه "[٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : إن القول قول البائع بيمينه : بحديث ابن مسعود المتقدم، حيث جاء مطلقاً غير مقيد . فيتناول حال قيام السلعة وتلفها [٤].

نوقش : أن الحديث وإن كان مطلقاً إلا أنه قد ورد ما يقيده ، فقد قيد هذا الإطلاق في بعض ألفاظ الحديث ، فقد روي بلفظ : " والمبيع قائم بعينه "[٥].

يجاب على هذه المناقشة : بأن هذه الزيادة ضعيفة ، فلا يقيد مطلق الحديث الصحيح بزيادة ضعيفة . فقد انفرد بهذه الزيادة ابن أبي ليلى [٦]. وخالف بذلك رواية الجماعة ، وهو وإن كان فقيهاً كبيراً إلا أنه ضعيف في الرواية لسوء حفظه.

---

(١) ١٣/٣٠.

(٢) ٤/١٢٧٨ .

(٣) ٦/٢٨٢.

(٤) انظر : نيل الاوطار ٥ ٢٣٧.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه ـ كتاب التجارات ـ باب البيعان يختلفان (٢/٧٣٧) ، الدار قطني في سننه كتاب البيوع (٣ ٢٠).

(٦) هو أبو عيسى عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار بن بلال الأنصاري ، كان من أكابر التابعين في الكوفة ، وكان فقيهاً حافظاً قارئا للقرآن ، توفي سنة ٨٢ أو ٨٣ هـ .
انظر ترجمته في : وفيات الاعيان (٢/٣٠٩) ، سير أعلام النبلاء (٤/٢٦٢)، تهذيب التهذيب (٦/٢٦٠ ـ ٢٦٢).

قال الحافظ في التلخيص الحبير : " وهو محمد بن عبد الرحمن الفقيه ، وهو ضعيف سيء الحفظ "[١]، وقال أيضاً : " وقد تابعه في هذه الرواية عن القاسم الحسن بن عمارة ، وهو متروك لا يحتج به "[٢].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : إن المتبايعين يتحالفان ويتفاسخان : بأن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، فيحلف كل واحد منهما على إثبات قوله ونفي قول صاحبه : ويتفاسخان ، عملاً بقوله ﷺ : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"[٣].[٤]

يناقش : أننا لو سلمنا بأن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، فإن القول في هذه الحال للبائع مع يمينه ، لدلالة حديث ابن مسعود على ذلك ، فيكون مخصصاً للعموم .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون : إن القول قول المشتري مع يمينه بما يلي :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : " إذا اختلف المتبايعان والمبيع قائم بعينه ...."[٥].

---

(١) ٣١/٣.

(٢) ٣١/٣.

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) انظر : المبسوط ٣١/١٣ . المغني ٢٨٢/٦.

(٥) سبق تخريجه .

وجه الدلالة :

أن الحديث دل بمفهومه أن السلعة إذا تلفت لا يكون القول قول البائع ، فإذاً يكون قول المشتري [١].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن هذه الزيادة ضعيفة ، فلا يكون بها حجة ، وتقدم بيان ذلك .

الثاني: لو سلمنا بصحتها ، فإنه لا دلالة فيها على أن القول قول المشتري، لأنه يستدل بمفهومها على أن القول ليس للبائع ، ولا يلزم منه أن يكون للمشتري.

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : " وإذا اختلف البيعان فالقول قول البائع ، فإذا استهلك فالقول ما قال المشتري " [٢].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على أن السلعة إذا استهلكت ثم اختلف المتبايعان بعد ذلك في ثمن السلعة أن القول قول المشتري [٣].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الحديث ضعيف ، فيه الحسن بن عمارة وهو ضعيف [٤].

---

(١) انظر : شرح الزركشي ٦٢٢/٣.

(٢) أخرجه الدار قطني في سننه كتاب البيوع (٢٠/٣).

(٣) انظر : شرح الزركشي ٦٢٣/٣.

(٤) انظر : سنن الدارقطني (٢٠/٣) . قال الحافظ في تقريب التهذيب (١٦٩/١)، الحسن بن عمارة : متروك " . وانظر : التلخيص الحبير ٣١/٣.

الثاني : أنه معارض لما رواه الدارقطني[١] ـ أيضاً ـ بلفظ : " إذا اختلف البيعان والبيع مستهلك فالقول قول البائع "[٢].

الدليل الثالث :

أن العين بعد قبضها وهلاكها مضمونة على من تلفت بيده ـ وهو المشتري ـ فيكون القول قوله قياساً على الغاصب إذا تلفت العين بيده [٣].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه في مقابلة النص ، فيكون باطلاً .

الثاني : أن القول قول المشتري في التلف فقط ، فلا يقاس عليه غيره ، هذا مع التسليم بأن القول قوله في التلف .

الراجح :

الذي يظهر لي رجحانه من هذه الأقوال هو القول الأول : إن القول قول البائع بيمينه أو يترادان . لدلالة النص على ذلك ، فقد ورد مطلقاً ، فيشمل كل اختلاف يحصل بين المتبايعين في الثمن ، وسواء في ذلك كون السلعة قائمة أو تالفة.

---

(١) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهد البغدادي الدار قطني ، الإمام الحافظ الفقيه ، كان إمام عصره في الحديث ومعرفة علله ورجاله ، وكان عارفاً باختلاف الفقهاء ، من مصنفاته : السنن ، والعلل . توفي سنة ٣٨٥هـ .
انظر ترجمته في :وفيات الأعيان (٤٥٩/٢ ـ ٤٦٠)، البداية والنهاية (٣١٧/١١ ـ ٣١٨).

(٢) انظر : سنن الدارقطني ـ كتاب البيوع ـ (٢١/٣).

(٣) انظر : الإشراف ٥٧٣/٢.

المبحث الثاني

الرجوع بسبب الاختلاف في المثمن

. إذا اختلف المتبايعان في قدر المبيع ، بأن ادعى المشتري قدراً زائداً أنكره البائع ، فما أثر هذا الاختلاف على هذا العقد من حيث الصحة والبطلان ؟ وإن كان صحيحاً هل يثبت للعاقدين الخيار في فسخ العقد وحله ، أم أنه يكون لازماً ويؤخذ بقول أحدهما ؟

لا تخلو هذه المسألة من حالين :

الحال الأولى : أن تكون السلعة قائمة .

اختلف الفقهاء في أثر اختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة قائمة على قولين:

القول الأول : أنهما يتحالفان ويتفاسخان .

وهو قول الحنفية [١]. والمالكية [٢]. والشافعية[٣] ، وقول للحنابلة [٤].

جاء في فتح القدير : " إذا اختلف المتبايعان في المبيع تحالفا" [٥]، وجاء في الشرح الصغير:" وإن اختلفا في قدر المثمن كثوب كذا ، وقال المشتري : بل ثوبين به ... ففي القيام حلفا وفسخا البيع "[٦]. وجاء في تكملة المجموع : والاختلاف في قدر المثمن أن يقول البائع : بعتك هذا العبد بألف ، فيقول المشتري: بل بعتني العبد مع الفرس بألف .. فمذهب الشافعي يتحالفان بكل حال سواء أكانت

---

(١) انظر : الاختيار ١١٩/٢ ـ ١٢٠ . فتح القدير ٢١٢/٨ ، البناية ٤٣٥/٧.

(٢) انظر : الشرح الصغير ٣٣٠/٤ . مواهب الجليل ٤٦٧/٦ ، حاشية الدسوقي ٣٠٣/٤.

(٣) انظر : روضة الطالبين ٢٣٠/٣. نهاية المحتاج ١٦٧/٤، تكملة المجموع ١٦٧/١٢.

(٤) انظر : المغني ٢٨٤/٦ ، الكافي ١٠٤/٢. تصحيح الفروع ١٢٩/٤، المبدع ١١٤/٤.

(٥) ٢١٢/٨.

(٦) ٣٣٠/٤.

السلعة قائمة أو تالفة " [١]، وجاء في تصحيح الفروع : " وإن اختلف في قدر المبيع فهل القول قول البائع أو يتحالفان . ظاهر كلامه إطلاق الخلاف ...

والقول الثاني: يتحالفان، اختاره القاضي، وذكره ابن عقيل رواية وصححها.." [٢].

القول الثاني : إن القول قول البائع .

وهو المذهب عند الحنابلة [٣].

جاء في تصحيح الفروع : " وإن اختلفا في قدر المبيع ... أحدهما : القول قول البائع وهو الصحيح من المذهب نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب .." [٤].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن المتبايعين في هذه الحال يتحالفان ويتفاسخان بما يلي:

الدليل الأول :

القياس على الاختلاف في الثمن بجامع أن كليهما اختلاف في أخذ عوضي العقد ، فكما أنهما يتحالفان في الاختلاف في الثمن فكذلك المثمن [٥].

يناقش هذا الاستدلال : بأن هذا القياس فاسد الاعتبار ، لأن الأصل المقيس عليه مختلف فيه ، بل تقدم في المبحث السابق بيان أن الراجح خلافه ، فلا يصح التعلق به ولا القياس عليه ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التحالف لا يطرد في كل حالة ، كما إذا دلت القرينة القوية على صدق أحدهما ، فإنه يؤخذ بما دلت عليه القرينة ، لأن العمل بالقرائن له أصل في الشرع .

---

(١) ١٢/١٦٧.

(٢) ٤/١٢٩ .

(٣) انظر : المغني ٦/٢٨٤ . الكافي ٢/١٠٤ . تصحيح الفروع ٤/١٢٩، المبدع ٤/١١٤.

(٤) ٤/١٢٩.

(٥) انظر : المغني ٦/٢٨٤.

الدليل الثاني :

أن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، فيتحالفان ، لأنه لما لم تقم البينة تعين التحالف طريقاً لإنهاء هذا الاختلاف [(١)].

يناقش هذا الاستدلال : بعدم التسليم أن كليهما مدع ومدعى‌عليه ، ثم لو سلمنا بذلك فإنه مخالف لحديث ابن مسعود المتقدم ، فقد جاء فيه أن القول قول البائع أو يتتاركان .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن القول قول البائع : بأن البائع منكر للبيع الثاني ، والأصل عدمه ، فكان القول قوله بيمينه ، كما لو ادعى شراءه منفرداً [(٢)].

يناقش هذا الاستدلال: بأن البائع وإن كان منكراً للقدر الزائد الذى ادعاه المشتري،فإن المشتري أيضاً منكر ما ادعاه البائع،فالأخذ بقول أحدهما والحال هذه فيه ضرر وظلم على‌الآخر، لتساويهما في الإنكار،ولا مرجح يقدم به قول أحدهما

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه هو الأخذ بإطلاق حديث ابن مسعود ، فإن قوله : " إذا اختلف المتبايعان .. " مطلق لم يرد ما يقيده ، فوجب العمل بإطلاقه ، إذ إن تقييده بنوع من أنواع الاختلاف تحكم في النصوص بلا دليل ، وهذا لا يجوز ، لذا فإن البائع يحلف على دعواه ، ثم يكون المشتري بالخيار بعد ذلك بين إمضاء البيع أو فسخه .

الحال الثانية : أن تكون السلعة تالفة .

اختلف الفقهاء في أثر الاختلاف في قدر المبيع بعد تلفه على أربعة أقوال :

القول الأول : أنهما يتحالفان ويتفاسخان .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٢ /٥٠٨ ، المغني ٦/٢٨٤ .

(٢) انظر : الكافي ٢/١٠٤.

وهو قول محمد بن الحسن [١]، وقول الشافعية [٢]، ورواية للحنابلة [٣]

جاء في العناية : فإن هلك المبيع ثم اختلفا ... وقال محمد : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك " [٤]، وجاء في تكملة المجموع : " والاختلاف في قدر الثمن ... فمذهب الشافعي يتحالفان بكل حال سواء أكانت السلعة قائمة أو تالفة " [٥]، وجاء في المبدع : " وعنه : يتحالفان "[٦].

القول الثانى : إن القول قول البائع مع يمينه .

وهو المذهب عند الحنابلة [٧].

جاء في المبدع : " فالقول قول البائع مع يمينه نص عليه " [٨].

القول الثالث : إن القول قول المشتري .

وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف [٩].

جاء في العناية : فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، والقول قول المشتري "[١٠].

القول الرابع : إن القول قول من يشبه قوله مع يمينه ، وإلا تحالفا.

---

(١) انظر : الاختيار ٢ ١٢١ ، العناية ٢١٣/٨.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٢٣٠/٣ ، مغني المحتاج ٥٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٧/٤، تكملة المجموع ١٢ ١٦٧.

(٣) انظر : الإنصاف ٤ ٤٥٦ ، المبدع ١١٤/٤.

(٤) ٢١٣/٨.

(٥) ١٦٧/١٢.

(٦) ١١٤/٤

(٧) انظر : الإنصاف ٤٥٦/٤ ، المبدع ١١٤/٤ .

(٨) ١١٤/٤

(٩) انظر : الاختيار ٢ ١٢١ ، العناية ٢١٢/٨.

(١٠) ٢١٢/٨.

وهو قول المالكية [١].

جاء في الشرح الصغير : " وإن فاتت فالقول للمشتري بيمينه هذا إن أشبه، فإن انفرد البائع بالشبه كان القول قوله بيمينه ، ويلزم المشتري ما قاله ، فإن لم يشبه واحد منهما حلفا وفسخ وردت قيمة السلعة يوم بيعها إن كانت مقومة ، ومثلها إن كانت مثلية " [٢].

تقدم فيما سبق بيان أدلة الأقوال الثلاثة، فأغنى ذكرها عن تكرارها [٣]، أما أدلة القول الرابع :

أولاً : استدلوا على القول : بأن القول قول من يشبه : أن قول العاقد إن كان أشبه بالصواب ، ودلت عليه القرينة ، فإنه يكون أقوى فيقدم مع يمينه ، لأن اليمين تشرع في جانب أقوى المتداعيين [٤].

ثانياً : واستدلوا على التحالف إذا لم يشبه قول أحدهما : بأنهما تساويا في الدعوى ، فكل منهما مدع ومدعى عليه فيتحالفان " واليمين على المدعى عليه" [٥].

يناقش : لو سلمنا بصحته ، فإنه مخالف لحديث ابن مسعود المتقدم ، والذي فيه أن القول قول البائع بيمينه أو يترادان البيع .

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه هو الأخذ بعموم حديث ابن مسعود : بأن القول قول البائع بيمينه أو يترادان البيع ، فيحلف البائع على صحة دعواه ، ثم يكون للمشتري الخيار بعد ذلك . هذا إن لم تقم البينة أو القرينة الظاهرة على صدق أحدهما ، فإن وجد شيء من ذلك حكم به ، ويكون بذلك إنهاء الخلاف .

---

(١) انظر : الشرح الصغير ٤ ٣٣١ ، مواهب الجليل ٤٦٧/٦ ، حاشية الدسوقي ٣٠٣/٤.

(٢) ٣٣١/٤.

(٣) انظر ص٢٠١ من هذا البحث .

(٤) انظر : الشرح الصغير ٤ ٣٣١ ، حاشية الدسوقي ٣٠٣/٤.

(٥) المصدرين السابقين .

الفصل السادس

الرجوعِ بسبب فساد العقد

الفصل السادس

الرجوع بسبب فساد العقد[١]

إذا اشترى رجل شيئاً شراء فاسداً ، كأن يكون البائع ــ مثلاً ــ اشترط شرطاً فاسداً ، أو أن الثمن مجهول أو غير ذلك من الأسباب المفسدة للعقد ، فما أثر هذا الفساد على العقد ؟ وما الحكم فيما إذا لم يتبين الفساد إلا بعد أن قبض المشتري المبيع ، وكذلك إذا لم يتبين الفساد إلا بعد التصرف في المبيع ؟

يمكن أن تقسم هذه المسألة إلى قسمين نظراً لاشتمالها على حالين ، لكي نتمكن من معرفة أثر قبض المبيع والتصرف فيه على رجوع المالك في سلعته ، وهاتان الحالتان هما :

الحال الأولى : إذا تبين الفساد قبل القبض أو بعده .

لا خلاف بين الفقهاء في أن العقد الفاسد واجب الرفع دفعاً للفساد ، فلا يترتب عليه أثر ، سواء قبض المشتري المبيع أم لم يقبضه ، فيرجع البائع بعين سلعته إن كانت موجودة أو بمثلها إن كانت تالفة ، فإن تعذر رجع بقيمتها [٢].

---

(١) الفساد في اللغة : مصدر فسد . كنصر وعقد وكَرُمَ ، يقال : فسد فساداً وفُسوداً : ضد صَلُح، فهو فاسد وفسيد من فسدى . ولم يسمع : انفسد العقد .

انظر القاموس المحيط مادة (فسد) ١/٤٤٤

واصطلاحاً : هو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه . وعند الحنفية : هو ما شرع بأصله دون وصفه. فعندهم : أن الفاسد مرتبة بين الصحيح والباطل ، ولهذا يفيد الملك إذا اتصل به القبض، لكنه مطلوب التفاسخ شرعاً . أما الجمهور فلم يفرقوا بين الفاسد والباطل في الجملة .

انظر:تبيين الحقائق ٤/٤٤ . حاشية الدسوقي ٤/١١٤، أسنى المطالب ٢/١٧١. المغني ٦/٣٢٧

(٢) انظر : المبسوط ١٣/٢٣ . بدائع الصنائع ٥/٤٥١ ، البناية ٧/٢٦٢ ، القوانين الفقهية ٢١٣. مواهب الجليل ٦/٢٦٣ . حاشية الخرشي ٥/٤١١ ، المجموع ٩/٣٦٩ ، روضة الطالبين ٣/٧٢ ، نهاية المحتاج ٣/٤٤٦ . المغني ٦/٣٢٧ ، الإنصاف ٤/٣٢٨ ، كشاف القناع ٣/٢٢٢ ، المحلى ٧/٣٣٢.

واختلفوا في أثر قبض المبيع في هذا العقد الفاسد ، هـل يفيـد الملـك أم لا ؟ وكان اختلافهم في ذلك على قولين :

القول الأول : أن القبض في العقد الفاسد لا يفيد الملك .

وهو قول المالكية ـ إذا لم يفت المبيع ـ[1]، وقول الشافعية [2]، والحنابلة[3]، والظاهرية [4].

جاء في الفواكه الدواني : " المبيع بيعا فاسداً باق على ملـك صاحبـه ، لأن العقد الفاسد لا ينقـل الملـك قـل الفـوات " [5]، وجـاء في روضـة الطـالبين :" إذا اشترى شيئاً شراء فاسداً إمـا لشـرط فاسـد وإمـا لسـبب آخـر ثـم قبضـه لم يملكـه بالقبض .." [6]، وجاء في المغني : "فإن حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سـواء اتصل به القبض أو لم يتصل " [7]. وجاء في المحلى :" كل من باع بيعـاً فاسـداً فهـو باطل ، ولا يملكه المشتري . وهو باق على ملك البائع "[8].

القول الثاني : أنه يفيد الملك ، إذا كان قبضه بإذن المالك .

وهو قول الحنفية [9]، وقول المالكية ـ بشرط فوات المبيع [10].

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٢٥٤/٦ . الفواكه الدواني ١٤٢/٢ ، حاشية الدسوقي ١١٤/٤ .

(٢) انظر : المجموع ٣٦٩/٩ ، روضة الطالبين ٧٢/٣ . نهاية المحتاج ٤٤٦/٣.

(٣) انظر : المغني ٣٢٧/٦ . الإنصاف ٣٢٨/٤ . كشاف القناع ٢١٢/٣.

(٤) انظر : المحلى ٣٣٢/٧.

(٥) ١٤٢/٢ .

(٦) ٧٢/٣ .

(٧) ٣٢٧/٦.

(٨) ٣٣٢/٧.

(٩) انظر : بدائع الصنائع ٤٥١/٥ . فتح القدير ٣٧١/٦.

(١٠) انظر : مواهب الجليل ٢٦٢/٦ . حاشية الدسوقي ١١٤/٤ ، حاشية الخرشي ٤١١/٥.

جاء في فتح القدير : " والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات " [١]، وجاء في حاشية الدسوقي : " أما ملكه فإنما ينتقل للمشتري بالفوات "[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن العقد الفاسد لا يفيد الملك ، بأن دعوى ثبوت الملكية بالقبض في العقد الفاسد لا تخلو من أن تتم بالعقد وحده ، أو بالقبض وحده ، أو بهما جميعاً . ولا يجوز أن تكون بالعقد وحده ، لأنه لو لم يتعقبه القبض لم يحصل به الملك عند من يقول بذلك، ولا يجوز أن يكون بالقبض وحده ، لأنه لو لم يتقدمه العقد لم يحصل به الملك . ولا يجوز أن يكون بالعقد والقبض معاً لأمرين : أحدهما: أن مخالف لموضوع البيوع التي ينتقل الملك فيها بنفس العقد ، والثاني : أن للبائع بعد وجود العقد والقبض استرجاعه من المشتري ، ولو كان مالكاً لم يجز انتزاع ملكه من يده [٣] .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن البيع الفاسد يفيد الملك بما يلي :

الدليل الأول:

ما روي عن عائشة أنها قالت : " دخلت علي بريرة ، فقالت : إن أهلي كاتبوني على تسع أواق في تسع سنين . في كل سنة أوقية فأعينني ، فقلت لها : إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك ويكون الولاء لي فعلت . فذكرت ذلك لأهلها ، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فأتتني فذكرت ذلك ، قالت:

---

(١) ٣٧١/٦ .

(٢) ٤ /١١٤.

(٣) انظر : الحاوي ٣٨٧/٦ . ٣٨٨

فانتهرتها ، فقالت : لاها الله إذا . قالت : فسمع رسول الله ﷺ فسألني فأخبرته ، فقال : اشتريها واعتقيها واشترطي الولاء لهم فإن الولاء لمن أعتق ، ففعلت، قالت: ثم خطب رسول الله عشية . فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : أما بعد فما بال أقوال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق . ما بال رجال منكم يقول أحدهم : أعتق فلاناً والولاء لي . فإنما الولاء لمن أعتق"[١].

وجه الدلالة :

أن عائشة اشترت بريرة من مالكها . واشترطت لهم الولاء بأمر النبي ﷺ ، وهذا الاشتراط منهم فاسد بالاتفاق . ثم أعتقها ونفذ عتقها ، فأقر النبي ﷺ ذلك"[٢].

نوقش : أن عقد ابتياع بريرة كان صحيحاً ، لأن النبي ﷺ أذن لعائشة فيه، ولا يمكن أن يأذن في عقد فاسد . وإنما أبطل النبي ﷺ الشرط وحده لعدم استحقاقهم له شرعاً ، ولم يؤثر هذا الشرط الفاسد على صحة العقد ، حيث قال لعائشة لما ذكرت له أنهم طلبوا أن يكون الولاء لهم : لا يمنعك ذلك . إنما الولاء لمن أعتق [٣].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب المكاتب ــ باب استعانة المكاتب (٢٢٥/٢) ، ومسلم في صحيحه ــ كتاب العتق ــ باب إنما الولاء لمن اعتق (١١٤١/٢٠) .

(٢) انظر : المجموع ٣٧٣/٩

(٣) انظر : الحاوي ٣٨٨/٦.

الدليل الثاني :

أن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، صدر من أهله مضافا إلى محله ، فوجب القول بانعقاده [١].

يناقش : أن هذا العقد وإن كان صادراً من أهله ومضافاً إلى محله إلا أنه وقع على خلاف الصفة التي أذن بها الشارع ، وما كان هذا حاله وجب الحكم بفساده وعدم انعقاده .

الراجــح :

الذي يترجح من هذين القولين هو القول الأول ، وذلك لقوة دليله ، ووجاهة تعليله ، ومما يزيده ظهورا ، أن القائلين بحصول الملك بالقبض في العقد الفاسد ، رتبوا على هذا العقد أحكاما لا يقال بها فيما ثبتت ملكيته ، ومن ذلك : قولهم بتحريم الأكل من هذا المقبوض إن كان مأكولاً . وتحريم الوطء إن كان موطوءاً ، وقال بعضهم : بكراهة ذلك ، وقالوا ــ أيضاً ــ : من باع جارية اشتراها ببيع فاسد فإنه يتصدق بالربح [٢]، فهذا كله يدل على أن العقد في هذه الحالة لم يثبت بموجبه انتقال الملكية إلى المشتري .

الحال الثانية : إذا تبين الفساد بعد التصرف بالمبيع .

سبق أن بينت أن العقد الفاسد واجب الرفع دفعاً للفساد ، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده ، وأن القابض يلزمه إرجاع ما قبضه إن كان موجوداً ، أو مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان متقوماً ، ولكن إذا لم يتبين فساد هذا العقد إلا بعد أن تصرف المشتري في المبيع ببيع ونحوه بعد أن مكنه البائع منه ، وذلك بتسليمه إياه ، فهل يعتبر هذا التصرف نافذاً فيسقط بذلك حق المشتري في

---

(١) انظر : فتح القدير ٣٧١/٦

(٢) انظر : البناية ٢٦٦/٧ .

استرجاع المبيع ؟ أم أن هذا التصرف لا يصح ، فلا يكون نافذاً ، ويرجع المبيع إلى البائع بسبب فساد العقد ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن جميع تصرفات المشتري في المبيع باطلة .

وهو قول الشافعية [١] والحنابلة [٢] والظاهرية [٣].

جاء في روضة الطالبين : " ولا ينفذ تصرفه فيه ويلزمه رده " [٤]، وجاء في المغني : " ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع .. "[٥]. وجاء في المحلى : وهو مضمون على المشتري إن قبضه .... ولا يصححه طول الزمان ولا تغير الأسواق ولا فساد السلعة ..." [٦].

القول الثاني: أن تصرفاته صحيحة ، ويسقط بها حق البائع في الاسترجاع.

وهو قول الحنفية[٧] ، وقول المالكية ـ بشرط فوت المبيع ـ "[٨].

جاء في بدائع الصنائع : " وهذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة " [٩]، وجاء في مواهب الجليل : " والملك لا ينتقل بذلك ـ أي بالقبض ـ بل لابد من ضميمة

---

(١) انظر : الوسيط ٧٧/٣ ، المجموع ٣٦٩/٩ ، روضه الطالبين ٧٢/٣.

(٢) انظر : المغني ٣٢٧/٦ ، الانصاف ٣٦٢/٤.

(٣) انظر : المحلى ٣٣٢/٧.

(٤) ٧٢/٣.

(٥) ٣٢٧/٦.

(٦) ٣٣٢/٧.

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٤٥٠/٥ ، البناية ٢٦٦/٧.

(٨) انظر : مواهب الجليل ٢٦٠/٦ ، حاشية الدسوقي ١١٦/٤ ، حاشية الخرشي ٤١٧/٥ .

(٩) ٤٥٠/٥ .

الفوات ... والفوات لتغير سوق عير مثلي وعقار ... وبطول زمان حيوان ... وبالوطء ... وبتغير ذات غير مثلي ... وخروج عن يد "[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن جميع تصرفات المشتري في المبيع المقبوض بعقد فاسد باطلة بما يلي :

الدليل الأول :

أن القابض مخاطب شرعاً برد المقبوض بهذا العقد الفاسد إلى مالكه في كل لحظة ، وتصرفه فيه يؤدي إلى البقاء على المعصية ، وهذا لا يجوز [٢].

الدليل الثاني :

أن التصرف بالمبيع أثر من آثار العقد الصحيح ، فإذا أعطي من قبض شيئاً بعقد فاسد الحق في التصرف كان في ذلك تسوية بينه وبين العقد الصحيح ، وهو ممتنع [٣].

نوقش : بأن إعطاء المشتري الحق في التصرف في المبيع مبنى على القبض الذي أذن فيه المالك أو أقره وليس على العقد ، فلم يكن ثمة تسوية بينه وبين الصحيح[٤].

يجاب على هذه المناقشة : أن القبض وإن كان قد أذن فيه المالك فهو أثر من آثار العقد الفاسد فلا ينتج منه أثر صحيح ، ثم إن صحة التصرف يشترط لها

---

(١) ٢٦٠/٦.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٣ ٧٢.

(٣) انظر : البناية ٢٦٢/٧ .

(٤) انظر : المبسوط ٢٣/١٣ . بدائع الصنائع ٤٥١/٥.

ثبوت الملك . وتقدم أن العقد الفاسد لا يفيد الملك ، لذا فإن التصرف فيه يكون باطلاً .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن تصرفات القابض تقع صحيحة ، ويسقط بها حق المالك في الاسترجاع بما يلي :

الدليل الأول:

ما روي عن عائشة في قصة عتقها لبريرة . فقد جاء فيه أن عائشة اشترت بريرة بشرط أن الولاء لأهلها . ثم أعتقتها بعد ذلك ، فأجاز النبي ﷺ العتق مع أن البيع فاسد ، مما يدل على أن التصرف يصح وينفذ وإن كان العقد فاسداً، ولو كان هذا التصرف مزيلاً للملك [١].

نوقش هذا الاستدلال من وجوه [٢]:

الأول: أن القول بأن العقد فاسد غير صحيح ، بل كان صحيحاً ، بدليل أن النبي ﷺ أذن فيه لعائشة . ولا يمكن أن يأذن في عقد فاسد .

الثاني : أن الحديث ليس فيه أن اشتراط الولاء كان مقارناً للعقد ، فيحمل على أنه كان سابقاً للعقد .

الثالث : أن اللام في قوله : " لهم " بمعنى عليهم ، فإن اللام وردت في لغة العرب بمعنى على ، ومن ذلك قوله تعالى :﴿ وإن أسأتم فلها﴾ [٣] أى عليها .

الرابع : أن الأمر في قوله " اشترطي " يحتمل أحد أمرين : الأول : يحتمل أن يكون للإباحة ، فيكون المعنى : اشترطي لهم أو لا تشترطي ، فإن ذلك لا

---

(١) انظر : المبسوط ١٣ ٢٣

(٢) انظر : المجموع ٣٧٨/٩ . المغني ٣٢٧/٦ . نيل الأوطار ٥ ١٩٢.

(٣) سورة الإسراء : آية (٧).

ينفعهم . والثاني : يحتمل أن يكون للتهديد ن فيكون كقوله : " اعملوا ما شئتم"(١) ووجه ذلك : أن النبي ﷺ قد أعلم الناس أن اشتراط الولاء باطل ، فلما أراد أهل بريرة أن يشترطوا ما تقدم لهم العلم ببطلانه أطلق الأمر مريداً به التهديد، ويؤيده قوله بعد ذلك : " ما بال رجال يشترطون". فوبخهم بهذا القول مشيراً إلى أنه قد تقدم منه بيان بطلانه ، إذ لو لم يتقدم منه ذلك ، لبدأ ببيان الحكم لا التوبيخ .

الدليل الثاني :

أن حق الغير قد تعلق به ، فإذا باعه القابض فقد خرج بذلك عن يده ، فيسقط حق البائع الأول في استرداده لتعلق حق العبد ـ وهو المشتري الثاني ـ به، وحقه مقدم على حق الشرع في فسخه نظراً لحاجته (٢).

يناقش هذا الاستدلال من وجوه :

الأول : أننا نمنع صحة تصرف القابض ابتداء فلا يرد هذا القول : بأنه تعلق به حق الغير حينما تصرف القابض فيه .

الثاني : إن القابض تصرف في غير ملكه بناء على عقد لا يعترف به الشارع ، بل حكم عليه بالفساد ، فيكون تصرفه به باطلاً .

الثالث: إن القول : بأن العقد الثاني تعلق به حق العبد وهو مقدم على حق الشرع مردود ، وذلك لان المشتري الثاني ينتقل إليه البيع مشغولاً بحق الشرع في فسخه .

الدليل الثالث :

أن البيع الثاني حصل بتسليم من البائع الأول ، فإن ملكه إياه وأذن له في

---

(١) سورة فصلت آية (٤٠) .

(٢) انظر : فتح القدير ٣٧١/٦.

قبضه ، وهذا كله تسليط منه على التصرف [١].

يناقش : أن البائع الأول لا يملك حق تسليم غيره لما قبضه بعقد فاسد ولا الإذن في التصرف به ، لأنه ممنوع شرعا من هذه الأشياء لنفسه ، فلا يملك إعطاءها لغيره .

الدليل الرابع :

أن الشارع قد ينهي عن أشياء ، ومع ذلك يرتب على حصولها أثراً ، فمن ذلك : نهيه عن طلاق الحائض ـ مثلاً ـ وإثبات أثره إذا حصل ، فإن عصمة الزوجية تزول به [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : إن القول بوقوع طلاق الحائض محل نزاع بين الفقهاء ، فلا يصح الاحتجاج به .

الثاني : إن القائلين بوقوعه استندوا في ذلك إلى روايات صحيحة ، فكان النهي عنه والحكم بوقوعه صادرين عن الشارع ، وليس الأمر في البيع الفاسد كذلك ، فبطل التمسك بهذه الحجة .

الراجح :

الذي يبدو لي رجحانه هو القول الأول : إن تصرفات القابض في المبيع تقع باطلة ، فلا تترتب عليها آثارها . ويلزم القابض أن يرجع المقبوض إلى المالك ، لأن العدل هو رد المقبوض إلى صاحبه لا تمليكه لغيره وإحلال القيمة محل هذا الرد ، لأن تصرفه في المبيع ببيع ونحوه مما يزول به الملك غير مأذون به شرعاً حتى لو سلمنا بثبوت إذن المالك بذلك ، والممنوع شرعاً لا تترتب عليه آثاره .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المصدر السابق .

الفصل السابع

الرجوع بسبب تلف المبيع.

الفصل السابع

الرجوع بسبب تلف المبيع[١]

اتفق الفقهاء على أن المبيع إذا تلف بعد أن قبضه المشتري بأن هذا التلف لا أثر له على العقد ، لأن ضمان المبيع في هذه الحال على المشتري ، فيكون تلفه كتلف سائر أمواله [٢].

أما إذا تلف المبيع قبل أن يقبضه المشتري ، فإن الفقهاء قد اختلفوا في كون هذا التلف سبباً لانفساخ العقد ، وقد فرقوا في ذلك بين حالين :

الحال الأولى : أن يكون تلف المبيع بآفة سماوية .

لا يخلو المبيع التالف بآفة سماوية من أحد أمرين : إما أن يكون فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد أو ذرع ، أو لا يكون فيه حق توفية ، وقد اختلف الفقهاء ـ فيما لو تلف المبيع في كلتا الحالين ـ في الآثار المترتبة على هذا التلف ، وبيانه فيما يلي :

أولاً : إذا كان في المبيع حق توفية .

اختلف الفقهاء في أثر تلف المبيع الذي فيه حق توفية على قولين :

القول الأول : إن العقد ينفسخ ، ويرجع المشتري على البائع بثمنه إن كان قد سلمه له .

---

(١) التلف في اللغة : الهلاك والعطب في كل شيء . يقال : تلف يتلَفُ تَلَفًا ، فهو تلف : إذا هلك.
انظر : لسان العرب مادة (تلف) (١٨/٩).
واصطلاحاً : لا يخرج معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٥٢/٥ . البحر الرائق ١٣/٦ ، حاشية ابن عابدين ٤٢/٤ . مواهب الجليل ٤٢٠/٦. جواهر الاكليل ٧٧/٢ . حاشية الخرشي ٥٥٠/٥ . روضة الطالبين ١٦١/٣، مغني المحتاج ٤٥٦/٢ . نهاية المحتاج ٧٦/٤ ، المغني ١٧/٦ ، الإنصاف ٤٦٦/٤ . المبدع ١١٩/٤ ، المحلى ٢٧١/٧.

وهو قول الحنفية [١]، والمالكية [٢]. والشافعية [٣]، والحنابلة [٤].

جاء في بدائع الصنائع : "هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع ... فإن هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ العقد " [٥]، وجاء في حاشية الدسوقي: "والتلف للمبيع بيعا صحيحاً الحاصل وقت ضمان البائع بسماوي ـ أي بأمر من الله لا بجناية أحد ـ يفسخ العقد ، فلا يلزم البائع الإتيان بغير المعين المعقود عليه " [٦]، وجاء في مغني المحتاج : فإن تلف المبيع قبل قبضه بآفة سماوية انفسخ البيع وسقط الثمن إن كان في الذمة " [٧]، وجاء في الإنصاف : إذا تلف كله وكان بآفة سماوية انفسخ العقد ، وكان من ضمان بائعه "[٨].

- القول الثاني : إن العقد لا يفسخ ، ولا رجوع للمشتري على البائع .

وهو قول الظاهرية [٩].

جاء في المحلى : "كل بيع صح وتم فهلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع ولا رجوع له على البائع " [١٠]

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . تبيين الحقائق ١٦/٤ ، البحر الرائق ١٣/٦.

(٢) انظر : الإشراف ٥٥٣/٢ . مواهب الجليل ٤١٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٢٣٨/٤.

(٣) انظر : روضة الطالبين ١٦١/٣ . مغني المحتاج ٤٥٦/٢ ، نهاية المحتاج ٧٦/٤ .

(٤) انظر : المغني ١٨/٦ ، الإنصاف ٤٦٤/٤ . شرح منتهى الإرادات ٥٨/٢ .

(٥) ٣٥٣/٥.

(٦) ٢٣٨/٤ .

(٧) ٤٥٦/٢ .

(٨) ٤٦٤/٤.

(٩) انظر : المحلى ٢٧١/٧

(١٠) ٢٧١/٧.

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بانفساخ البيع في هذه الحالة ، وأن المشتري له الرجوع على البائع بثمنه بما يلي :

الدليل الأول :

أنه لا فائدة من بقاء العقد . لأنه لو لم ينفسخ في هذه الحالة لأوجب مطالبة المشتري بالثمن ، وإذا طولب بالثمن كان له أن يطالب البائع بتسليم المبيع . وهو عاجز عنه لهلاكه ، فتمتنع المطالبة أصلا [١].

الدليل الثاني :

أن الضمان في هذه الحالة على البائع . فيكون العقد منفسخاً منحلاً بسبب تلف المعقود عليه والضمان عليه . فكان للمشتري أن يرجع عليه بالثمن إن كان قد سلمه له [٢]. ومما يدل على أن الضمان في هذه الحالة على البائع ما يلي:

أولاً : ما روي عنه ﷺ : " أنه نهى عن ربح ما لم يضمن " [٣].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على المنع من ربح ما لم يضمن ، والمراد به : ربح ما بيع قبل القبض ، والمبيع في هذه الحالة تلف قبل قبضه ، فدل ذلك على أنه غير مضمون على المشتري ، وإنما ضمانه على بائعه [٤].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . حاشية الخرشي ٥٥١/٥.

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . مواهب الجليل ٤٢١/٦ ، نهاية المحتاج ٧٦/٤ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ــ كتاب الإجارة ــ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٢٨١/٣)، والنسائي في سننه ــ كتاب البيوع ــ بيع ما ليس عند البائع (٣٣٤/٧) والترمذي في سننه ــ كتاب البيوع ــ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٥٣٤/٣)، وابن ماجه في سننه ــ كتاب الإجارة ــ باب النهى عن بيع ما ليس عندك ، ولمن ربح ما لم يضمن (٨٣٧/٢).

(٤) انظر : المبدع ١١٨/٤.

ثانياً : ما روي عن ابن عمر أنه قال : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع "[١].

وجه الدلالة :

أن قول الصحابي : مضت السنة ، ينصرف إلى سنة الرسول ﷺ ، وهو يدل بمفهومه على أن المبيع من مال البائع [٢].

يناقش : بأن هذا الأثر موقوف على ابن عمر ؛ إذ ليس في شيء من كتب الحديث التي ذكرت هذا الأثر – التي وقفت عليها – لفظ : مضت السنة ، وإنما ذكر هذا اللفظ بعض الفقهاء ، وعزوه بهذا اللفظ إلى البخاري وغيره ، وليس الأمر كذلك .

ثالثاً : أن التوفية من كيل أو وزن .. هي من فعل البائع ، ولا يتم قبض المشتري إلا بها ، وحتى يحصل ذلك من جهة البائع فإنه لم يخرج عن يده بعد [٣]

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن البيع لا ينفسخ بتلف المبيع ، فلا رجوع للمشتري على البائع : بأن التفرق من مجلس العقد موجب للبيع بأحاديث الخيار ، ووجوب البيع يقتضي دخوله في ملك المشتري وخروجه من ملك البائع ، فصار للمشتري غنمه وعليه غرمه كسائر أمواله ، فيتلف من ماله لأنه ملكه ، وتضمين البائع والحال هذه ظلم له [٤].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه – كتاب البيوع – باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض (٩٠/٣) والدار قطني – كتاب البيوع (٥٣/٣ ، ٥٤) وليس عندهم لفظ : مضت السنة .

(٢) انظر : شرح الزركشي ٥٣٢/٣ .

(٣) انظر : المغني ١٧/٦.

(٤) انظر: السيل الجرار ١٢٦/٣.

يناقش : أن المبيع وإن دخل في ملك المشتري حكماً ، لكن يد البائع باقية عليه حساً حتى يوفيه للمشتري ، فالتقصير في الإيفاء إنما حصل من البائع فناسب ذلك تضمينه .

الراجح :

تبين لي من خلال هذا العرض رجحان القول الأول، والذي يقضي بانفساخ العقد بتلف المبيع ، وبالتالي يرجع المشتري على البائع بالثمن الذي سلمه له ، لأن قبض المبيع في هذه الحالة يحتاج إلى التوفية ، وهي لا تحصل إلا بفعل البائع أو بإذنه ، فلما لم يكن شيء من ذلك فإن المبيع لم يخرج عن ملك البائع فهو من ضمانه ، ولأن ما يحتاج إلى توفية لم يتميز بعد عن ملك البائع ، فلا يستطيع المشتري قبضه ، غير أنه ينبغي أن يقيد بأن يكون التأخير في التوفية من جانب البائع ، أما إذا عرض البائع على المشتري ذلك ، فامتنع لغير سبب ، فلا وجه للقول بتضمين البائع ، بل الأقرب إلى العدل أن يكون من ضمان المشتري ، لأن التفريط كان من جانبه .

ثانياً : إذا لم يكن في المبيع حق توفية .

اختلف الفقهاء في أثر تلف المبيع في هذه الحالة على قولين :

القول الأول : إن العقد ينفسخ ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن .

وهو قول الحنفية [1] والشافعية [2].

جاء في بدائع الصنائع : " فإن هلك كله بآفة سماوية انفسخ العقد " [3]، وجاء في مغني المحتاج : " فإن تلف المبيع قبل قبضه بآفة سماوية انفسخ البيع وسقط

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . تبيين الحقائق ١٦/٤ . البحر الرائق ١٣/٦.

(٢) انظر : روضة الطالبين ١٦١/٣ . مغني المحتاج ٤٥٦/٢ . نهاية المحتاج ٧٦/٤.

(٣) ٣٥٣/٥.

الثمن إن كان في الذمة "[١].

القول الثاني : إن العقد لا ينفسخ ، ولا حق للمشتري في الرجوع .

وهو قول المالكية [٢] والحنابلة [٣] والظاهرية [٤].

جاء في الإشراف:" إذا كانت متعينة ومتميزة ليس فيها حق توفية فضمانها على المشترى قبل القبض "[٥]، وجاء في الإنصاف : وما عدا هذه الأربعة ـ المكيل والموزون والمعدود والمذروع ـ يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وإن تلف فهو من ضمان المشتري، وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب "[٦]، وجاء في المحلى: "كل بيع صح وتم فهلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع ولا رجوع له على البائع "[٧].

أدلة القول الأول :

. استدل القائلون : إن البيع ينفسخ بتلف المبيع ، وأنه لا رجوع للمشتري على البائع بما يلي :

الدليل الأول :

أنه لو بقي العقد في هذه الحالة ولم ينفسخ لأوجب مطالبة المشتري بالثمن ، وإذا طولب بالثمن كان له أن يطالب البائع بتسليم المبيع وهو عاجز عنه لهلاك

---

(١) ٤٥٦/٢ .

(٢) انظر : الإشراف ٥٥٣/٢ ، مواهب الجليل ٤١٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٢٣٨/٤ .

(٣) انظر : المغني ١٨/٦ ، الإنصاف ٤٦٤/٤ ، المبدع ١١٨/٤ .

(٤) انظر : المحلى ٢٧١/٧ .

(٥) ٥٥٣/٢.

(٦) ٤٦٤/٤.

(٧) ٢٧١/٧.

المبيع ، فتمتنع المطالبة أصلاً ، فلا يكون في بقاء البيع فائدة فينفسخ [١].

يناقش : أن هذا مبني على القول بأن ضمان المبيع في هذه الحال على البائع، وهذا غير مسلم ، فلا يسلم بأن المشتري يحق له أن يطالب البائع بالثمن ؛ لأن الضمان والحال كذلك ليس على البائع .

الدليل الثاني :

أن القبض متعذر بهلاك المبيع فينفسخ البيع ، كما لو تفرقا قبل القبض في الصرف [٢].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن المعقود عليه في عقد البيع قد تلف ، بخلاف الصرف فإن المعقود عليه فيه لم يتلف .

الدليل الثالث :

إن التسليم واجب على البائع لأنه في يده ، فإذا تعذر التسليم بتلف المبيع انفسخ العقد ، كما لو كان في المبيع حق توفية [٣].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن ما يحتاج إلى التوفية لا يحصل القبض فيه إلا بتوفيته حتى يتميز عن ملك البائع ، وهي لا تحصل إلا بفعل البائع أوإذنه، فلما لم يكن شيء من ذلك بقي المبيع في ملك البائع فكان من ضمانه ، بخلاف ما لا يحتاج إلى توفية فإن القبض فيه يتم بتمكين المشتري من المبيع ، وقد وجد هذا من البائع ، ولكن المشتري فرط بتأخره في قبضه ، فكان من ضمانه .

---

(١) انظر : المبسوط ١٢/٩ ، بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٨٠/٤ . المغني ٦ ١٨.

(٣) انظر : المغني ١٨/٦.

الدليل الرابع :

أن الضمان في هذه الحال على البائع، لذا فإن العقد ينفسخ بالتلف ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، واستدلوا على اعتبار الضمان على البائع بنهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن، والمراد: ما لم يقبض ، فالمشتري إذا لم يقبض المبيع فلا ضمان عليه ، وهذا يدل على أن المبيع قبل القبض من ضمان البائع فيكون تلفه عليه [١].

يناقش : بأن هذا محمول على المبيع الذي فيه حق توفية ، أما إذا لم يكن فيه حق توفية فإن قبضه يتم بتمكين البائع المشترى منه ، وقد وجد هذا من البائع.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون : إن العقد لا ينفسخ ، ولا حق للمشتري في الرجوع على البائع بما يلي :

الدليل الأول :

أن الضمان في هذه الحال على المشتري ، فلا ينفسخ العقد بتلف المبيع ، لأن التلف قد حصل في ملكه ، فيكون تلفه كتلف سائر أمواله [٢]، ومما يدل على أن الضمان على المشتري ما يلي :

أولاً : قوله ﷺ : " الخراج بالضمان "[٣].

وجه الدلالة :

دل الحديث على أن من كان الخراج له كان الضمان عليه ، وخراج المبيع ونماؤه الحاصل بعد العقد وقبل القبض للمشتري فيكون ضمان المبيع عليه [٤].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . مواهب الجليل ٤٢١/٦ ، نهاية المحتاج ٥٦/٤ .

(٢) انظر : المغني ١٨/٦ ، المبدع ١١٩/٤ . شرح منتهى الإرادات ٥٩/٢.

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) انظر : المغني ١٨/٦.

ثانياً : ما روي عن ابن عمر أنه قال : " مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع "[١].

وجه الدلالة :

دل هذا الأثر على أن المبيع إذا لم يكن فيه حق توفية فإن ضمانه ينتقل إلى المشتري بمجرد العقد ، بدليل قوله: حياً مجموعاً ، فهذا يدل على أنه إذا تلف يكون من مال المشتري ولو لم يقبضه[٢].

يناقش: بأن هذا الأثر موقوف على ابن عمر ، فلا يصح رفعه إلى النبي ﷺ

الدليل الثاني:

أن البائع إذا مكن المشتري من القبض فقد أدى ما عليه ، وإنما المشتري هو المفرط بترك القبض ، وإحالة الضمان على المفرط أولى من إحالته على من قام بما يجب عليه ولم يفرط[٣].

الدليل الثالث :

أن هذا المبيع من ضمان المشتري بعد قبضه ، فكان من ضمانه قبل قبضه كالميراث[٤].

يناقش : أنه لا يلزم من كون ضمان المبيع بعد القبض على المشتري أن يكون ضمانه قبل قبضه كذلك ، بدليل أن ما فيه حق توفية قبل قبضه من ضمان البائع ، ثم إن قياس الإرث على البيع فيه نظر ، إذ إن الإرث ليس بعقد بخلاف البيع فافترقا .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : شرح الزركشي ٣/٥٣٢.

(٣) انظر : مجموع الفتاوى ٢٩/٤٠١.

(٤) انظر : المغني ٦/١٨.

الراجـح :

القول الأظهر هو القول الثاني : لأن البائع قد فعل ما يجب عليه ، وذلك بتمكين المشتري من قبض المبيع وعدم منعه من ذلك ، إلا أن المشتري بتأخره عن قبضه بدون سبب معتبر اعتبر بذلك مفرطاً ، فتكون إحالة الضمان عليه ورفعها عن البائع هي الأقرب إلى تحقيق العدل ومنع الظلم . فالمشتري قد صدر منه بتفريطه ما يوجب تحمله الضرر . أما البائع فقد أدى ما لزمه بمقتضى العقد ، وهو تمكين المشتري من المبيع ، ويكون بذلك قد خرج عن العهدة ، فإحالة الضمان عليه ظلم تنزه الشريعة عنه .

الحال الثانية : أن يكون تلف المبيع بفعل متلف .

والمتلف هنا لا يخرج عن أحد ثلاثة :

الأول : أن يكون متلف المبيع هو البائع .

وقد اختلف الفقهاء في إتلاف البائع المبيع قبل القبض وأثر ذلك على العقد على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن العقد ينفسخ ، ويسقط الثمن عن المشتري .

وهو قول الحنفية [١]. والأظهر عند الشافعية [٢].

جاء في بدائع الصنائع : "وكذا إذا هلك بفعل بائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري " [٣]، وجاء في روضة الطالبين : " أن يتلفه البائع فطريقان

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . فتح القدير ٢٨٣/٦ ، البحر الرائق ١٣/٦.

(٢) انظر : المهذب ٧٠/٢ . روضة الطالبين ١٦١/٣ ، مغني المحتاج ٤٥٩/٢.

(٣) ٣٥٣/٥.

أصحهما على قولين أظهرهما ينفسخ البيع كالآفة ... والطريق الثاني : القطع بالقول الأول ، وهو أن البيع ينفسخ " [١]

القول الثاني : إن العقد لا ينفسخ ، ويثبت للمشتري الخيار بين فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن ، وبين إمضائه والمطالبة بمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً .

وهو قول للشافعية[٢]، ومذهب الحنابلة ـ إذا كان في المبيع حق توفية ـ[٣].

جاء في روضة الطالبين : "والثاني : لا ، بل إن شاء فسخ وسقط الثمن وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة وأدى له الثمن " [٤]، وجاء في شرح منتهى الإرادات: وإن تلف بفعل بائع ... يخير مشتر بين فسخ البيع ويرجع على بائعه بما أخذ من ثمنه ، وبين إمضاء بيع وطلب متلف بمثله مثلي أو قيمة متقوم .." [٥].

القول الثالث : إن العقد لا ينفسخ . ويرجع المشتري بالغرم على من أتلفه.

وهو قول المالكية [٦].

جاء في الشرح الصغير : " وإتلاف البائع والأجنبي يوجب الغرم على من أتلف منهما ، أي غرم قيمة المقوم ومثل المثلي ، ولا سبيل للفسخ بأخذ جميع الثمن " [٧].

---

(١) ١٦١/٣.

(٢) انظر : المهذب ٧٠/٢ ، روضة الطالبين ١٦١/٣ ، مغني المحتاج ٤٥٩/٢.

(٣) انظر : الإنصاف ٤٦٤/٤ ، المبدع ٤ ١١٨ ، شرح منتهى الإرادات ٥٨/٢.

(٤) ١٦١/٣.

(٥) ٥٨/٢.

(٦) انظر : الشرح الصغير ٢٦٩/٤ ، مواهب الجليل ٤١٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٢٤٣/٤.

(٧) ٢٦٩/٤ .

أدلة القول الأول :

استدل القائلون ، إن العقد ينفسخ ، ويسقط الثمن عن المشتري ، بأن المشتري لا يمكن أن يرجع على البائع بالبدل ، لأن المبيع مضمون على البائع بالثمن، فإذا تسبب في هلاكه سقط الثمن ، وإذا سقط الثمن مع هلاك المبيع انفسخ العقد [١].

يناقش : بأنه لا يسلم القول بأن المبيع في هذه الحال في ضمان البائع ، فالحق أنه في ضمان المشتري لما تقدم من الأدلة في الحال الأولى .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم انفساخ العقد في هذه الحال وإعطاء المشتري الخيار: بأن البيع قد تم بالعقد ، وانتقل ضمان المبيع إلى المشتري ، فلم يؤثرعليه تسبب البائع في هلاكه وتلفه ، بل يكون المشتري بالخيار بين فسخ العقد والرجوع على البائع بالثمن ، وبين إمضاء العقد والرجوع على البائع ببدل المبيع [٢].

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بعدم انفساخ العقد ، وأن المشتري يرجع بالغرم على البائع بأن الضرر الواقع على المشتري بسبب تلف المبيع يمكن دفعه بغير فسخ العقد، وذلك بالرجوع على البائع ، ومطالبته ببدل المبيع إن أمكن أو بقيمته [٣].

يناقش : بأن هذا الاستدلال وإن كان وجيهاً ، إلا أن التلف حصل وهو في يد البائع ، فكان كتعيبه في يده . وتعيب المبيع يعطي المشتري الحق في الرجوع

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . مغني المحتاج ٤٥٩/٢.

(٢) انظر : المغني ١٨/٦.

(٣) انظر : الشرح الصغير ٢٦٩/٤ . حاشية الدسوقي ٢٤٣/٤.

عن العقد وإن جاءه البائع ببدله صحيحاً ، فكذلك يقال في تلف المبيع ، هذا إن لم يكن أولى .

الراجــح :

الذي يظهر لي هو القول بعدم انحلال العقد بإتلاف البائع للمبيع إن لم يكن في المبيع حق توفية ، لأن الملك في هـذه الحـال ينتقـل بمجـرد العقـد وتمكـين البـائع المشتري من القبض والتخلية بينه وبين المبيع ، ومن كان الملك له فبلا شـك يكـون الضمان عليه ، لذا فإنه يثبت للمشـتري الخيـار بـين إمضـاء العقـد ومطالبـة البـائع بالبدل ، وبين الرجوع عن العقد بمطالبة البائع بالثمن . أما إذا كـان في المبيـع حـق توفية فإن العقد ينفسخ بإتلاف البائع له ، لأن الضمـان عليـه ، فيكـون إتلافـه لـه كإتلافه لسائر ماله ، فيرجع المشتري على البائع بالثمن إن كان قد سلمه له ، وإن كان في الذمة فإنه يسقط بذلك الإتلاف .

الثاني : أن يكون متلف المبيع هو المشتري .

اتفق الفقهاء على أن العقد لا ينفسـخ إذا تسـبب المشـتري في هـلاك المبيـع وتلفه ، وأن الثمن يستقر بذلك ، فليس للمشتري الحق في الرجوع علـى البـائع ، لأن المشتري بإتلافه المبيع صار كالقابض له . ومعلوم أن تلف المبيع بعد القبـض لا أثر له على العقد ، فيستقر كامل الثمن على المشتري ، لأنه ملكه لـه تم بـالقبض ، فصار كتلف سائر أمواله [١].

الثالث : أن يكون متلف المبيع غير العاقدين .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ . فتح القدير ٢٨٣/٦ ، البحر الرائق ١٣/٦ ، مواهب الجليل ٤١٦/٦، حاشية الدسوقي ٢٣٨/٤ . حاشية الخرشي ٥ ٥٥١ ، المهذب ٧٠/٢ ، روضة الطالبين ١٦١/٣، مغني المحتاج ٤٥٩/٢، الإنصاف ٤٦٤/٤ . المبدع ١١٨/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٥٩/٢.

اختلف الفقهاء في إتلاف غير البائع والمشتري المبيع قبل القبض وأثر ذلك على العقد . على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن العقد لا ينفسخ ، ويثبت للمشتري الخيار بين فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن ، وبين إمضاء البيع والمطالبة بالبدل .

وهو قول الحنفية [١]، والأظهر عند الشافعية [٢] ، وقول الحنابلة [٣].

جاء في بدائع الصنائع : وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه .. والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيعود المبيع إلى ملك البائع فيتبع الجاني فيضمنه مثله إن كان من ذوات الأمثال ، وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال ، وإن شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان واتبعه البائع بالثمن " [٤] ، وجاء في مغني المحتاج : "والأظهر أن إتلاف الأجنبي لا يفسخ ، بل يتخير المشتري بين أن يجيز البيع ويغرم الأجنبيى البدل ، أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي البدل "[٥]، وجاء في شرح منتهى الإرادات : "وإن تلف بفعل أجنبي غير بائع ومشتر ، يخير مشتر بين فسخ البيع ويرجع على بائعه بما أخذ من ثمنه ، وبين إمضاء بيع وطلب متلف بمثله مثلي ..." [٦].

القول الثاني : إن العقد ينفسخ ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن .

وهو قول عند الشافعية [٧].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٥٣/٥ ، فتح القدير ٢٨٣/٦ ، البحر الرائق ١٣/٦.

(٢) انظر : المهذب ٧٠/٢ ، روضة الطالبين ١٦١/٣ ، مغني المحتاج ٤٥٩/٢ .

(٣) انظر : الإنصاف ٤٦٤/٤، المبدع ١١٨/٤ . شرح منتهى الإرادات ٥٩/٢.

(٤) ٣٥٣/٥.

(٥) ٤٥٩/٢.

(٦) ٥٩/٢.

(٧) انظر : المهذب ٧٠/٢ ، روضة الطالبين ١٦١/٣ ، مغني المحتاج ٤٥٩/٢.

جاء في المهذب : " وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان ، أحدهما : أنه ينفسخ البيع"[١].

القول الثالث : إن العقد لا ينفسخ ، وللمشتري مطالبة الجاني بالغرم ، ولا سبيل له على البائع .

وهو قول المالكية [٢].

جاء في الشرح الصغير : "وإتلاف البائع والأجنبي يوجب الغرم على من أتلف منهما، أي غرم قيمة المقوم، ومثل المثلي، ولاسبيل للفسخ بأخذ جميع الثمن"[٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بعدم انفساخ العقد ، وأن للمشتري الخيار بين الرجوع والإمضاء بما يلي :

الدليل الأول :

أن الهلاك لما كان بفعل غير العاقدين أوجب البدل على من أتلفه ، لأن ضمانه عليه ، والبدل يقوم مقام المبدل وهو المبيع ، فلا وجه للقول بانفساخ العقد وانحلاله بسبب ذلك [٤].

---

(١) ٢/٧٠.

(٢) انظر : الشرح الصغير ٤/٢٦٩ ، مواهب الجليل ٦/٤١٦ ، حاشية الدسوقي ٤/٢٤٣ .

(٣) ٤/٢٦٩.

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٥/٣٥٣.

الدليل الثاني :

أن التلف حصل في يد البائع فكان كحدوث العيب في يده ، ووجود العيب في المبيع يعطي المشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء ، فكذلك الحال في تلف المبيع [١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بانفساخ العقد : إن تسليم المبيع متعذر ، وذلك بسبب هلاكه ، فلا يكون لبقاء العقد فائدة ، فتمتنع مطالبة المشتري البائع بالبدل ، ويتعين عليه الرجوع بثمنه على البائع [٢].

يناقش : بأن تسليم المبيع وإن كان متعذراً حقيقة لكنه غير متعذر حكماً ، بل يصار إلى البدل ، والبدل له حكم المبدل فيقوم مقامه .

أدلة القول الثالث :

استدل المالكية لما ذهبوا إليه : بأن ملك المبيع في هذه الحال للمشتري ، فإذا تلف فإنما يتلف في ملكه . ولما كان المتلف غير البائع ، وجب أن يكون تضمينه واتباعه على المشتري لا البائع ، لأن التلف حصل في ملكه ، فيتبع الجاني لتضمين ما أتلف [٣].

يناقش : بأن التلف حصل في يد البائع فكان عليه أن يضمن الجاني لا المشتري ، فالمبيع هنا إن لم يكن ملكاً له فإنه بمنزلة الوديعة في يده .

---

(١) انظر : المبدع ١١٨/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٥٩/٢.

(٢) انظر : مغني المحتاج ٤٥٩/٢ . فتح العزيز ٣٩٧/٨.

(٣) انظر : الشرح الصغير ٢٦٩/٤ .

الراجــح :

القول الراجح هو القول الأول : إن العقد لا ينفسخ ابتداء بإتلاف ــ غير البائع والمشتري ـ المبيع ، لأن ضمانه عليه قطعاً ، فيلزم بالإتيان بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان متقوماً ، لأن بدل المبيــع يقـوم مقـام المبيـع ، أمـا إعطـاء المشـتري الخيار فالتحقيق أنه ليس على إطلاقه ، بـل لابـد مـن التفريـق بـين حـالين : فـإذا لم يتأخر المشتري في القبض فإنه يثبت في هذه الحال الخيار للمشتري ، فإن شاء فسخ ورجع بثمنه ، ويتبع البائع الجاني فيضمنـه ، وإن شـاء اختـار البيـع واتبـع الجـاني بالضمان ، أما إذا تأخر في القبض بعد أن مكنه البائع منه فلا وجه حينئذ في إعطائه الخيار ، لأنه بتأخره وتفريطه قد تسـبب في ضيـاع حقـه ، فـلا يكـون لـه الخيـار ، ويتعين تضمين الجاني طريقاً لاسترداد حقه .

الفصل الثامن

الرجوع بالإقالة

الفصل الثامن

الرجوع بالإقالة[١]

الرجوع في عقد البيع منحصر في أمرين : أحدهما : الرجوع بقيام أحد أسباب المتقدمة التي تخول لأحد العاقدين الرجوع كالخيار والإفلاس ونحوهما. لثاني : الرجوع برضا العاقدين ـ عند عدم قيام تلك الأسباب ـ وهو ما يعرف لإقالة .

أما الأول ، وهو الرجوع بقيام أحد أسباب الفسخ ، فإنه يثبت بمجرد قيام رجبه ، فمتى قام هذا الموجب كان لمن ثبت الحق له أن يرجع في العقد ، لتنتهي لك جميع آثاره ، ولا يشترط في ذلك رضا العاقد الآخر ، لأن الرجوع هنا حق بته الشارع ، فكان لمن ثبت له أن يستوفيه كما أن له أن يتنازل عنه ، دون أن كون لرضا العاقد الآخر أثر في ثبوت هذا الحق .

وأما الجانب الثاني من جانبي الرجوع في عقد البيع ، فهو الذي يتم برضا طرفين ، فيتفق كلا العاقدين على حل العقد وفسخه ، وذلك حينما يندم أحدهما مد أن، أبرم العقد ، ويرغب في فسخه والرجوع عنة ، والتخلص منه ومن تبعاته، ون أن يكون هناك ما يلزم العاقد الآخر بقبول هذا الرجوع ، فإذا رضي بذلك نفسخ العقد ، ورد كل واحد منهما ما قبضه للآخر ينتهي العقد بذلك ، وتنتهى

---

١) الإقالة في اللغة : الرفع والإزالة ، يقال : " أقال الله عثرتك " إذا رفعه من سقوطه ، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد .ويقال : استقالني : أي طلب إلي أن أقيله ، وتقايل البيعان أي تفاسخا صفقتهما ، وأقلته البيع إقالة أي فسخته .

انظر : لسان العرب مادة (قيل) (١١/٥٧٩ ـ ٥٨٠) ، المصباح المنير مادة (قيل) (٢/٧١٦).

وفي الاصطلاح : رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين .

انظر : تبيين الحقائق ٤/٧٠، حاشية الدسوقي ٤/٢٥١، الأم ٣/٦٩، المبدع ٤/١٢٦.

جميع آثاره ، وهـذا التصـرف يعـرف بالإقالـة[١] ، فالإقالـة إذاً جـانب عظيـم مـن جوانب الإرفاق في الشريعة ، لاسيما إذا نظرنا إلى نطاق تطبيقه والعمل به ، وهـو عقود المعاملات المالية القائمة علـى المشـاحة والمنازعـة ، لـذا تـدب الشـارع إليهـا وحث عليها ، فجاء عنه ﷺ : " من أقال مسلماً أقال الله عثرتـه " [٢]. ففـي هـذا الحديث ترغيب وحث في الإرفاق بالمسلمين بإقالة من احتاج إلى الإقالـة ، دون أن يكون قبولها ملزماً للعاقد الآخر ، وهذا هو الفرق الرئيس بـين الرجـوع في الإقالـة والرجوع بقيام أحد الأسباب الموجبة للرجوع .

وبعـد هـذا العـرض والبيـان الـذي تبـين مـن خلالـه أن الإقالـة أحـد ركـني الرجوع في عقد البيع ، فإن من المناسب أن نبين حقيقة الإقالة وتكييفهـا الفقهـي ، حيث إن الفقهاء مختلفون في ذلـك ، وجـاء اختلافهـم في تكييفهـا وحقيقتهـا علـى قولين :

القول الأول : إن الإقالة فسخ .

وهو قول أبي حنيفة ـ في حق العاقدين ، أما في حق ثالث فبيع ـ[٣] وقـول زفر ـ مطلقاً ـ[٤] ، وقول محمد بن الحسن ـ إلا أن يتعذر ذلـك فتجعـل بيعاً فـإن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤٥٤/٥ ، فتح القدير ٤٤٩/٦، البحر الرائق ١٦٧/٦، الشرح الصغير ٢٧٧/٤، مواهب الجليل ٤٢٧/٦، حاشية الدسوقي ٢٥١/٤، المجموع ١٩٨/٩، روضة الطالبين ١٥٠/٣، المغني ٢٠٠/٦ ، الإنصاف ٤٧٥/٤ ، المبدع ١٢٣/٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب في فضل الإقالة (٢٤٦/٢)، وابن ماجه في سننه ـ كتاب التجارات ـ باب الإقالة (٧٤١/٢) وأحمد في المسند (٢٥٢/٢).

(٣) انظر : الاختيار ١٥/٢ ، بدائع الصنائع ٤٥٤/٥ ، فتح القدير ٤٤٩/٦، البحر الرائق ١٧٦/٦.

(٤) المصادر السابقة .

تعذر امتنعت ـ [١]، وهو الصحيح من مذهب الشافعية [٢]، والمذهب عند الحنابلة[٣].

جاء في الاختيار : وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث عند أبي حنيفة ، وقال محمد : فسخ ، فإن تعذر مبيع فإن لم يمكن بطل ... وقال زفر : فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما " [٤]، وجاء في المجموع : " الإقالة فسخ على القول الصحيح الجديد " [٥]. وجاء في المبدع : " والإقالة فسخ في الأصح" [٦].

القول الثاني : إن الإقالة بيع :

وهو قول أبو يوسف ـ إلا أن يتعذر فتجعل فسخاً، فإن تعذر امتنعت ـ[٧]، وقول المالكية ـ باستثناء الإقالة في الطعام قبل قبضه ، والأخذ بالشفعة ، والإقالة في بيع المرابحة ـ [٨]، وقول للشافعية [٩]، ورواية للحنابلة [١٠].

جاء في الاختيار : وقال أبو يوسف : بيع جديد في حق الكل ، فإن تعذر ففسخ ، فإن لم يمكن بطل " [١١]، وجاء في الشرح الصغير: الإقالة بيع ، يشترط فيها ما يشترط فيه ، ويمنعها ما يمنعه . إلا في طعام المعاوضة قبل قبضه ... وإلا في

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) انظر : المجموع ١٩٨/٩ . روضة الطالبين ١٥٠/٣ .

(٣) انظر : المغني ٢٠٠/٦، الإنصاف ٤٧٥/٤. المبدع ١٢٣/٤ ، كشاف القناع ٢٨٩/٣.

(٤) ١٥/٢ .

(٥) ١٩٨/٩.

(٦) ١٢٣/٤.

(٧) انظر : الاختيار ١٥/٢ . بدائع الصنائع ٤٥٤/٥. فتح القدير ٤٤٩/٦.

(٨) انظر : الشرح الصغير ٢٧٧/٤ . مواهب الجليل ٤٢٧/٦، حاشية الدسوقي ٢٥١/٤.

(٩) انظر : المغني ٢٠٠/٦ . الإنصاف ٤٧٥/٤. المبدع ١٢٣/٤، ١٢٤.

(١٠) انظر : روضة الطالبين ٣ ١٥٠ . تكملة المجموع ٢٥٠/١٢.

(١١) ١٥/٢ .

الشفعة فليست بيعاً ولا حل بيع ، بل هي لاغية ... وإلا في المرابحة فهي حل البيع"[١]، وجاء في تكملة المجموع : هي بيع بكل حال . حكى القاضي أبو الطيب أنه قول قديم للشافعي " [٢]. وقد جاء في المبدع : " وعنه : إنها بيع " [٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : إن الإقالة فسخ بما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ : " من أقال مسلماً أقال الله عثرته " [٤].

وجه الدلالة :

إن لفظ الإقالة ينبيء عن الرفع والإزالة والفسخ ، فهو حقيقة فيه ، ومنه قوله : أقال الله عثرتك : أي رفعها ، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها ، فإن تعذر ذلك تحول إلى المجاز إن أمكن ، وهنا لم يتعذر إعمال اللفظ في حقيقته ، في حين أنه لا يمكن حمله على معناه المجازي وهو ابتداء العقد ، لأنه ضده ، فالبيع والإقالة مختلفان إسما ومعنى فلابد أن يختلفا حكما ، فإذا كانت الإقالة رفعاً للعقد فلا تكون بيعاً ، لأن البيع إثبات والرفع نفي ، وبينهما تناف ، وبهذا تعذر جعل الإقالة بيعاً مجازاً ، فتعين أن تكون فسخاً بناء على هذا الأصل [٥].

الدليل الثالث :

قوله ﷺ : " ... ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله "[٦].

---

(١) ٢٧٧/٤ .

(٢) ٢٥٠/١٢.

(٣) ١٢٣/٤ ـ ١٢٤.

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ٥ ٤٥٤. المغني ٢٠٠/٦ ، المبدع ١٢٣/٤.

(٦) تقدم تخريجه .

وجه الدلالة :

نص هذا الحديث على أنه لا يحل لأحد العاقدين مفارقة الآخر خشية أن يستقيله أي خشية أن يفسخ العقد ، لأن العرب تقول : استقلت ما فات عني إذا استدركته ، فالمراد بالاستقالة فسخ النادم منهما للبيع ، فقد عبر عن الفسخ بلفظ الإقالة مما يدل على أنهما بمنزلة واحدة ، وهذا يعني أن حقيقة الإقالة الشرعية الفسخ [١].

الدليل الثالث :

ما روي عن ابن عمر : أنه كان إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يقيله قام فمشى خطوات ..." [٢].

وجه الدلالة :

أن معنى قوله : أراد ان لا يقيله : أي يفسخ البيع ، مما يدل على أن حقيقة الإقالة الشرعية هي الفسخ . ووجهه : أنهم لم يفهموا من لفظها غير الفسخ ، وهذا يدل على أنهما بمعنى واحد وهو حل العقد وإنهاؤه [٣].

الدليل الرابع : .

إن اعتبار الإقالة بيعا يقتضي أن يتفقا في الأحكام من كل وجه ، وهذا ما لم يتحقق هنا ، مما يدل على أنها ليست بيعاً ، فإن لم تكن بيعاً لم يبق إلا أن تكون فسخاً[٤]. ومن أوجه الاختلاف بين الإقالة والبيع ما يلي :

أولاً : إن الإقالة تصح في السلم قبل قبض المسلم فيه ، في حين أنه لا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه .

---

(١) انظر : السنن الكبرى ٥ ٢٧١ ، معالم السنن ١٢٢/٣.

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : المغني ١١/٦ . مبدع ٦٤/٤

(٤) انظر : المغني ٢٠١/٦ . المبدع ١٢٣/٤.

ثانياً : إن المبيع يعود ـ في الإقالة ـ إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع ، وهو قوله : أقلتك ونحو ذلك ، فالبيع لا ينعقد إلا بلفظ البيع أو ما في معناه .

ثالثاً : إن الإقالة لا تصح إلا بالثمن المذكور في العقد ، فلو كانت بيعاً لصحت به وبغيره .

واستدل أبو حنيفة لقوله : بأنها فسخ في حق العاقدين ، بيع في حق ثالث : بأن اعتبار الإقالة بيعا فهو لأمر ضروري ، ذلك أن العقد قد ينشأ عنه حقوق لغير العاقدين ، فلابد من اعتبارها في هذه الحال ، لأن الشارع قد أقرها ، ويصرف أثر العقد عن هذه الحقوق بالإقالة يتخلف مقصود الشارع ، فتعين أن تكون بيعاً في حق غيرهما لحفظ هذه الحقوق التي قد تنشأ كما أقرها الشارع [(١)].

يناقش هذا الاستدلال : بأن مؤداه أن تكون للإقالة حقيقتان مختلفتان ، وهذا ممتنع ، إلا إن قام ما يدل على إرادة معنى ثان ، فإن في هذه الحال يعدل عن هذا الأصل ، ويعمل بما دل عليه الدليل ، دون أن يكون هذا مؤثراً على حقيقة الإقالة ، فاعتبار أن للإقالة حقيقتين ـ فسخ في حق العاقدين ، بيع في حق غيرهما ـ خلاف الأصل ، إذ الأصل اعتبار الحقائق ، وحقيقة الفسخ واحدة ، فإذا كانت فسخاً في حق العاقدين كانت فسخاً في حق غيرهما .

واستدل محمد لقوله : بأن الإقالة فسخ ، فإن تعذر فبيع فإن تعذر امتنعت : بأن لفظ الإقالة يعني الرفع والفسخ ، وهذه هي حقيقتها ، فوجب العمل بها ، فإن تعذر ذلك ـ وهو حملها على الفسخ ـ تعين حملها على البيع مجازاً، لأنها بيع في حق ثالث فتجعل بيعاً، فإن تعذر ذلك امتنعت [(٢)].

(١) انظر : فتح القدير ٤٤٩/٦.

(٢) المصدر السابق .

يناقش هذا الاستدلال : بأن حقيقة الإقالة اللغوية والشرعية واحدة ، فوجب أن تحمل عليها ، أما الجمع بين هذه الحقيقة وبين ضدها ، واعتبار هذا الضد حقيقة أخرى للإقالة غير صحيح . ثم إن الأحوال التي يقال فيها بتعذر محل الإقالة على الفسخ إنما كان تعذرها من جهة تخلف شرط من شروط صحة الإقالة لا من جهة تعذر حملها على الفسخ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن الإقالة بيع بما يلي :

الدليل الأول :

أن معنى الإقالة ينبيء عن البيع . لأنها مبادلة للمال بالمال على وجه التراضي ، وهذا هو حد البيع ، وخصوص اللفظ لا عبرة له [(١)].

يناقش هذا الاستدلال : بأن هذا يفضي إلى حمل اللفظ على غير حقيقته ، وهذا خلاف للأصل ، إذ الأصل إعمال الألفاظ في حقائقها ، وحقيقة الإقالة الرفع والفسخ ، فلا يخرج عن هذا الأصل ويعدل عنه إلا بموجب ، وعليه : فإنه لايمكن أن تجعل بيعاً عند ابتداء العقد ، لأن حقيقتها ضد ذلك ، واللفظ لا يحمل على ضده، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن القول بانعقادها بيعاً ابتداء يفضي إلى إضافتها إلى ما لا وجود له ، وهذا غير صحيح ، لأن الإقالة لا توجد إلا بإضافتها إلى عقد سابق لها .

الدليل الثاني :

إن المبيع قد عاد إلى ملك المالك على الجهة التي خرج عليها منه ، فلما كانت الأولى بيعاً فكذلك الثانية [(٢)].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥ : ٥٤ . فتح القدير ٦ . ٤٥٠

(٢) انظر : المبدع ١٢٤/٤ . شرح منتهى الإرادات ٦٣/٢ .

يناقش هذا الاستدلال : بأن الإقالة وإن كانت برضا الطرفين ، ويحصل فيها تبادل العوضين ، إلا أن حقيقتها اللغوية والشرعية واحدة وهي الفسخ ، فوجب أن تحمل عليه ، في حين أن المماثلة بين البيع والإقالة قد سبق في أدلة القول الأول بيان بطلانها وعدم صحتها ، فمن ذلك : أن البيع قد وقع بلفظ يصح به بخلاف الإقالة فإنها لا ينعقد بها البيع .

الدليل الثالث :

أن البيع والإقالة اتفقا في بعض الأحكام مما يدل على أنهما بمعنى واحد [١]، ومن أحكام البيع الثابتة في الإقالة ما يلي:

أولاً : إن الإقالة تمتنع بهلاك المبيع قبل رده .

ثانياً : إن للبائع الرد بعد الإقالة بالعيب الحادث عند المشتري .

ثالثاً : ثبوت حق الشفعة بعدها إذا ثبت في أصل البيع .

رابعاً: لا تجوز في المبيع المنقول قبل قبضه .

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن الإقالة وإن اتفقت مع البيع في بعض الأحكام ، إلا إنها تختلف عنه وتفارقه في أحكام كثيرة ، والمماثلة كما هو معلوم هي الاتفاق من كل وجه ، وهذا ما لم يحصل هنا .

الثاني : أن هذه الأحكام لا يسلم في بعضها ، فمثلاً : الإقالة في المبيع المنقول قبل قبضه مختلف فيها ، فذهب بعض العلماء إلى أن الإقالة هنا صحيحة ، وتكون فسخاً إعمالاً لحقيقتها .

---

(١) انظر : فتح القدير ٤٥٠/٦ . البحر الرائق ١٦٨/٦.

واستدل المالكية لقولهم : باستثناء الإقالة في الطعام قبل قبضه ، والأخذ بالشفعة ، والإقالة في المرابحة ـ بما يلي [١]:

أولاً : إن الإقالة في الطعام قبل قبضه لا تعتبر بيعاً لأنها لو كانت بيعاً لامتنعت ، لامتناع بيع الطعام قبل قبضه .

ثانياً : إن الإقالة في الشفعة لاغية ، فلا تكون بيعاً ولا فسخاً، فلا يسقط بها حق الأخذ بالشفعة . وتكون عهدة الشفيع على خصوص المشتري ، كما لو لم تكن إقالة ، فلو كانت الإقالة هنا بيعا لكان الشفيع بالخيار في جعل عهدته على من يشاء من العاقدين ، لأن البائع يصير مشترياً على القول بأنها بيع . وليست فسخاً لأنها لو كانت فسخاً لامتنع حق الأخذ بالشفعة ، فعلى هذا اعتبروها لاغية.

ثالثاً : إن الإقالة في بيع المرابحة لا تعتبر بيعاً ، فلا يصح بيع السلعة مرابحة على غيره على الثمن المقال فيه ، لأن الإقالة فيه ليست بيعاً ، وإنما يبيعها مرابحة على الثمن الأول مع بيان الإقالة التي وقعت منه ، لأن الإقالة فسخ هنا لا بيعاً . إذ لو كانت بيعاً لصحت على الثمن المقال فيه .

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول : بأن الإقالة فسخ ، لأن حقيقة اللفظ اللغوية والشرعية هي الفسخ ، ومادام أن حقيقتها كذلك فوجب أن تحمل عليه ، فتأخذ جميع أحكام الفسوخ وتترتب عليها آثارها، وهذا الأصل لا يعدل عنه إلا بدليل . وقد وقفنا في هذه الدراسة على ضعف أدلة من قال : بأنها بيع ، وإذا كان الأمر كذلك فإننا نلزم هذا الأصل إعمالاً لحقيقته ومدلوله .

---

(١) انظر : المنتقى ٢٨١/٤ ، مواهب الجليل ٦ ٤٢٧، حاشية الدسوقي ٢٥١/٤.

الباب الثاني

الرجوع في العقود المالية غدا البيع

وفيه أحد عشر فصلاً :

الفصل الأول : الرجوع في الإجارة .

الفصل الثاني : الرجوع في المساقاة والمضاربة .

الفصل الثالث : الرجوع في الوكالة .

الفصل الرابع : الرجوع في الرهن .

الفصل الخامس: الرجوع في الكفالة .

الفصل السادس: الرجوع في الحوالة .

الفصل السابع : الرجوع في الهبة .

الفصل الثامـن : الرجوع في العمرى .

الفصل التاسع : الرجوع في الوصية .

الفصل العاشر : الرجوع في الوقف .

الفصل الحادي عشر: الرجوع في العارية.

الفصل الأول

الرجوع في الإجارة

وفيه مباحث :

المبحث الأول : الرجوع في الإجارة بلا موجب .

المبحث الثاني : الرجوع بسبب الأعذار الطارئة .

المبحث الثالث : الرجوع بسبب الخيار .

المبحث الرابع : الرجوع بسبب موت أحد العاقدين .

المبحث الخامس: الرجوع بسبب فساد العقد .

المبحث السادس : الرجوع بسبب تلف العين المستأجرة.

الفصل الأول

الرجوع في الإجارة

المبحث الأول

الرجوع في الإجارة بلا موجب[1]

اختلف الفقهاء في صفة عقد الإجارة باعتبار اللزوم وعدمه ، هل يعتبر من العقود اللازمة التي لا حق لأحد العاقدين في الانفراد بفسخها والرجوع عنها إلا بموجب ، أم أنه يلحق بالعقود الجائزة ، التي يثبت لكلا العاقدين الحق في فسخها ونقضها ؟ وقد اختلفوا في ذلك على قولين :

القول الأول : أن الإجارة عقد لازم ، يقتضي تمليك المؤجر الأجرة ، والمستأجرة المنفعة ، ولا يحق لأحد العاقدين فسخه والرجوع فيه إلا بموجب .

وهو قول الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة [5]، والظاهرية[6].

جاء في بدائع الصنائع :" الإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحة عرية عن

---

(١) الإجارة في اللغة : أصلها من أجر المملوك يأجره أجراً فهو مأجور ، وآجره يؤجره إيجاراً ومؤاجرة ، والأجر والإجارة والأجارة : ما أعطيت من أجر .
انظر : لسان العرب مادة (أجر) (١٠/٤) ، مقاييس اللغة مادة (أجر) (٦٢/١).
وفي الاصطلاح : عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض .
انظر : فتح القدير ١٤٩/٩ ، شرح حدود ابن عرفة ٥١١ ، مغني المحتاج ٤٨٣/٣ ، المبدع ٩٩/٥.

(٢) انظر : المبسوط ٧٩/١٥ ، بدائع الصنائع ٢٩٥/٤ ، تبين الحقائق ١٤٥/٥.

(٣) انظر : الإشراف ٦٥٢/٢ ، القوانين الفقهية ٢٣٩ ، المقدمات الممهدات ١٦٦/٢ .

(٤) انظر : المهذب ٢٥٣/٢ ، روضة الطالبين ٣٠٩/٤ ، مغني المحتاج ٤٨٣/٣ .

(٥) انظر : المغنى ٢٢/٨ ، الإنصاف ٥٨/٦ ، المبدع ٩٩/٥.

(٦) انظر : المحلى ٦/٧.

خيار الشرط والعيب والرؤية "[١]، وجاء في المقدمات : " وهي ـ أي الإجارة ـ من العقود اللازمة ، تلزم المستأجر بالعقد كالبيع سواء "[٢]، وجاء في المهذب : "وإذا تم العقد للزم ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه "[٣]، وجاء في المغني : "الإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها "[٤].

القول الثاني : أن الإجارة عقد جائز ، يملك كلا العاقدين فسخها والرجوع عنها .

وهو قول شريح [٥] والشعبي[٦] [٧].

جاء في تبيين الحقائق : " وقال شريح والشعبي : أنها غير لازمة ، وتفسخ بلا عذر "[٨].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بلزوم عقد الإجارة بما يلي :

---

(١) ٢٥٩/٤ .

(٢) ١٦٦/٢.

(٣) ٢٥٣/٢.

(٤) ٢٢/٨ .

(٥) هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي ، من أشهر القضاة في صدر الإسلام، أصله من اولاد الفرس الذين كانوا باليمن . كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه . ولى قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية ، واستعفى في أيام الحجاج فاعفاه سنة ٧٧ هـ . توفي سنة ٧٨هـ . انظر ترجمته : تهذيب التهذيب ٣٢٦/٤، الاعلام ٢٣٦/٣.

(٦) هو عامر بن شراحبيل الشعبي . أصله من حمير . منسوب إلى الشعب (شعب همدان) ، ولد ونشأ بالكوفة ، وهو راوية فقيه من كبار التابعين أخذ عنه أبو حنيفة وغيره . توفي سنة ١٠٣هـ. انظر ترجمته : تذكرة الحفاظ ٧٤/١ ، تهذيب التهذيب ٦٩/٥ .

(٧) انظر : المبسوط ٧٩/١٥ . تبيين الحقائق ١٤٥/٥ ، ١٤٦ .

(٨) ١٤٥/٥ ، ١٤٦.

الدليل الأول :

قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [١].

وجه الدلالة :

أن الآية دلت على و جوب الوفاء بالعقود ، والإجارة عقد على المنافع ، فلزم الوفاء به ولم يجز فسخه ، لعموم الآية الكريمة [٢].

الدليل الثاني:

أن الإجارة عقد معاوضة على المنافع ، فكان لازماً كالبيع ، فلم يكن لأحدهما فسخه ، فالبيع إذا تم لزم ، ولم يكن لأحد العاقدين الانفراد في فسخه إلا بموجب كما هو مبين في بابه ، فكذلك الإجارة [٣].

أدلة القول الثاني :

ذكر السرخسي ما استدل به شريح لقوله : بجواز عقد الإجارة وعدم لزومه : بأن الإجارة إباحة منافع وليست تمليكاً لها ، فلم تلزم بالعقد كالعارية ، فكما أن العارية غير لازمة يجوز للمعير والمستعير الرجوع فيها ، فكذلك ينبغي أن يقال في الإجارة [٤].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه قياس مع الفارق ، لأن عقد الإجارة تمليك للمنفعة بعوض فيكون لازماً كالبيع ، بخلاف العارية فإنها عقد تبرع محض وليست معاوضة .

---

(١) سورة المائدة : آية (١)

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٩٥/٤ ، بداية المجتهد ١٣٥٥/٤ ، المغني ٢٢/٨.

(٣) المصادر السابقة .

(٤) انظر : المبسوط ٧٩/١٥.

الثاني : أن حكم الأصل المقيس عليه ـ وهو جواز العارية مطلقاً ـ غير متفق عليه ، فقد اختلف الفقهاء في رجوع المعير بالعارية في مسائل كثيرة مشهورة، فلا يصح أن يلحق غيرها بها في هذا الحكم المختلف فيه .

الراجح : تبين من خلال هذا العرض رجحان القول الأول ، وذلك لعموم الآية المتقدمة ، والقياس الصحيح يقتضى إلحاق الإجارة بالبيع بجامع أن كلا العقدين بيع ، فالإجارة بيع منافع ، والبيع بيع أعيان ، ولما كان البيع لازماً بغير خلاف ، لزم أن يكون عقد الإجارة كذلك .

المبحث الثاني

الرجوع بسبب الأعذار الطارئة

اتفقت المذاهب الفقهية على مبدأ حل عقد الإجارة بالعذر الطاريء، إلا أنهم اختلفوا في ضابط العذر الذي ينحل به العقد وينفسخ ، فمنهم من توسع حتى أدخل ما لا يسوغ به الفسخ . ومنهم من ضيق حتى أخرج ما يقطع بتضرر العاقد به ، ولهذا كان لابد من تحرير محل النزاع .

اتفق الفقهاء على أن العذر الطاريء الذي لا يؤثر على المنفعة ، ولا يلحق العاقد بسببه ضرر ، لاينحل به العقد ولا يكون لأحد العاقدين الرجوع فيه ، كما لو وجد المستأجر داراً أرخص من التي استأجرها ونحو ذلك [١].

واتفقوا على أن العذر الذي يمنع من المنفعة حساً أو شرعاً ، أو ينقص من الانتفاع بالمعقود عليه ـ تخول للعاقدين حل العقد وفسخه كموت الدابة ونحو ذلك[٢].

أما العذر الذي يؤدي إلى عجز العاقد عن الالتزام بالعقد إلا بضرر زائد لم يستحق بالعقد ، كما لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر ، فهل مثل هذا العذر يعطى العاقد المتضرر حق الرجوع ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن العقد يبقى على لزومه ، فلا يفسخ بالأعذار الطارئة .

---

(١) انظر : المبسوط ٧٩/١٥ . بدائع الصنائع ٢٨٩/٤ ، فتح القدير ١٤٩/٩، الإشراف ٦٥٢/٢، القوانين الفقهية ٢٣٩ . بداية المجتهد ١٣٥٥/٤ . روضة الطالبين ٣١٠/٤ . مغني المحتاج ٤٨٣/٣ . نهاية المحتاج ٥ ٣١٥ . المغني ٢٣/٨ . المبدع ١٠٤/٥، شرح منتهى الإرادات ٤٦٥/٢ ، المحلى ١٠/٧.

(٢) المصادر السابقة .

وهو قول المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة [٣].

جاء في القوانين الفقهية : " ولا يفسخ بعذر طاريء" [٤]، وجاء في روضة الطالبين : " ولا تنفسخ الإجارة بالأعذار" [٥]، وجاء في شرح منتهى الإرادات : "ولا تنفسخ الإجارة بعذر لأحدهما " [٦].

القول الثاني : أن العاقد يثبت له حق الرجوع والفسخ بالأعذار الطارئة.

وهو قول الحنفية[٧] ، والظاهرية[٨] .

جاء في فتح القدير : " وتفسخ الإجارة بالأعذار" [٩]، وجاء في المحلى : "إذا اضطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد . أو اضطر المؤاجر إلى ذلك ، فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضرر على أحدهما "[١٠].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بعدم فسخ الإجارة بالأعذار الطارئة بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [١١].

---

(١) انظر : الأشراف ٦٥٢/٢ . القوانين الفقهية ٢٣٩ . بداية المجتهد ١٣٥٥/٤.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٣١٠/٤ . مغني المحتاج ٣ ٤٨٣ ، نهاية المحتاج ٣١٥/٥.

(٣) انظر : المغني ٢٣/٨ ، المبدع ١٠٥/٥ ، شرح منتهى الإرادات ٢٦٥/٢.

(٤) ٢٣٩ .

(٥) ٣١٠/٤.

(٦) ٢٦٥/٢

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٢٨٩/٤ . فتح القدير ١٤٩/٩، البحر الرائق ٦٥/٨.

(٨) انظر : المحلى ١٠/٧.

(٩) ٢٨٩/٤.

(١٠) ١٠/٧.

(١١) سورة المائدة آية (١).

وجه الدلالة :

دلت الآية على وجوب الوفاء بالعقود . والوفاء بها يكون بلزومها وعدم جواز فسخها ، والإجارة عقد فيجب الوفاء به لعموم هذه الآية ، فلا يفسخ مادام المعقود عليه سليما ، ولم يوجد مانع يتعذر معه استيفاء المنفعة [١].

الدليل الثاني :

القياس على البيع بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة ، فكما أن البيع لا يفسخ بالعذر الطاريء فكذلك الإجارة [٢].

الدليل الثالث :

القياس على النكاح بجامع أن كلا منهما عقد على المنافع ، فكما أن النكاح لا يفسخ بالأعذار الطارئة ، فكذلك الإجارة [٣].

الدليل الرابع :

أن الأعذار مازالت تحدث في عقود المعاوضات ، ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ، ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل ، لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتجاج الناس إليه ، وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك [٤].

نوقش : لا يلزم من عدم ورود نص أو إجماع أو قول صحابي أنه لا يصح القول بذلك ، فإن القياس أحد الأدلة الشرعية على ما تقرر في علم الأصول ، فيكفي تحقق ذلك في إثبات حكم شرعي ، وقد تحقق ، بأن العذر في الإجارة

---

(١) انظر : الأشراف ٦٥٢/٢ . المغني ٢٣/٨.

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٨٩/٤ ، الإشراف ٦٥٢/٢ ، المغني ٢٣/٨

(٣) انظر : بداية المجتهد ١٣٥٥/٤.

(٤) انظر : فتح القدير ١٥٠/٩.

كالعيب في البيع ، والجامع بينهما هو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالضرر [١].

يجاب : بأن إلحاق العذر في الإجارة بالعيب في البيع لا خلاف في صحته إذا كان العذر متعلقاً بالعين المستأجرة ، أما إذا لم يتعلق بالعين المستأجرة ـ كما هو الحال هنا ـ فلا وجه لإلحاقه بالعيب ، لأن العيب متعلق بالمبيع وهذا هو نطاق تطبيقه ، بخلاف العذر هنا فإنه متعلق بالعاقد لا بالعين المستأجرة ، ثم إن هذا العذر لا يد للعاقد الآخر فيه ، فإبطال حقه في لزوم العقد بسبب ليس من جهته ولا يد له فيه ظلم تنزه عنه الشريعة .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بجواز فسخ الإجارة بالأعذار بما يلي :

الدليل الأول :

أن الإجارة لو قيل بلزومها في حال الأعذار للزم صاحب العذر ضرراً لم يلتزم به ، والضرر منفي شرعاً : " لا ضرر ولا ضرار " ، ولا سبيل إلى رفعه ودفعه إلا بإعطاء صاحب العذر الحق في الفسخ [٢].

يناقش : أن صاحب العذر وإن تضرر بما طرأ له من الأعذار ، إلا إن القول برفعه يستوجب وقوع الضرر بالعاقد الآخر،ومعلوم أن الضرر لا يزال بالضرر، ثم إن مثل هذا الضرر يكثر وقوعه في عقود المعاوضات لأنها لا تخلو من مخاطرة ، فلو قلنا بالفسخ لأي عذر يطرأ على العقد لأدى ذلك إلى إبطال كثير من عقود المسلمين،ولاصبح الحكم بلزومها ابتداء لا معنى له، في حين أن الطرق التي يتوصل بها صاحب العذر إلى التخلص من الضرر كثيرة ، ولا يتعين الفسخ طريقاً لذلك .

---

(١) انظر : العناية بهامش فتح القدير ١٥٠/٩.

(٢) انظر : المبسوط ٧٩/١٥ ، فتح القدير ١٤٩/٩ .

الدليل الثاني :

أن المنافع المعقود عليها غير مقبوضة لأنها تحدث شيئاً فشيئاً ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في المبيع فتنفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما ، وهو عجز العاقد عن المضي بموجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد [١].

يناقش : بأن القول أن المنافع المعقود عليها غير مقبوضة غير صحيح ، لأن المؤجر قد مكنه منها ، وهذا التمكين قبض لها وإن كانت تحدث شيئاً فشيئاً ، ثم إن العيب المخول للمشتري الرجوع على البائع هو الذي يكون في المعقود عليه ، إذ لا يتصور وجوده فيما عدا ذلك ، والعذر هنا ليس كذلك ، بل هو إما أن يكون قد طرأ على المؤجر ، أو على المستأجر ، ويكثر وقوعه عادة في الأخير، فلا يصح أن يجعل سبب لفسخ العقد وحله .

الدليل الثالث :

أن عقد الإجارة على خلاف القياس لحاجة الناس إليه ، وكان لازماً ليتمكن كلا العاقدين من تحقيق المقصد من وراء هذا العقد، وهو الانتفاع بالعين المستأجرة بالنسبة للمستأجر . والانتفاع بالأجرة بالنسبة للمؤجر ، فإذا أصبح هذا العقد يجلب الضرر على المستأجر ، رجع بالعقد إلى أصله وهو عدم الجواز ، ولأن هذا الضرر وإن كان يتعلق بشخص المستأجر إلا أنه يتعذر معه استيفاء المنفعة فيما بقي من المدة [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجوه :

الأول : القول بأن عقد الإجارة شرع على خلاف القياس غير صحيح ، بل كل ما ثبت في الشريعة على وفق القياس ولابد ، وإن بدا للناظر أنه مخالف

---

(١) انظر : المصدرين السابقين .

(٢) انظر : فتح القدير ١٥٠/٩ ، حاشية ابن عابدين ٥٢/٦.

لقياس الأصول . فإن هذا لا يسوغ رده وعدم العمل به ، لأنه أصل قائم بنفسه كما أن غيره أصل بنفسه .

الثاني : لو سلمنا بصحة ما قالوه ، فإنه لا دليل به على الفسخ بالعذر ، لأنهم حكموا بالفسخ لا لكون العذر يخول للمستأجر الرجوع ، ولكن لكون العقد مع وجود هذا الضرر الموجب للضرر أصبح غير جائز ، وهذا مناف لقولهم الذي ذكرناه عند عرض الأقوال .

الثالث : أنه إذا كان من حق المستأجر فسخ الإجارة بسبب الأعذار الطارئة، فإن هذا يقتضي ثبوته للمؤجر ، وهذا ما لم يقل به الأحناف ، مع أن مقتضى العدل والتسوية بين العاقدين إعطاؤهما الحق في الرجوع وإزالة الضرر على حد سواء لأن العلة في ذلك واحدة ، فإثباته لأحدهما دون الآخر لا وجه له.

الرابع : أن عدم التمكن من استيفاء المنفعة لم يكن من جهة المؤجر ، ولم يكن بشيء في العين المستأجرة ، وإنما كان بأمر يتعلق بالمستأجر ، فلا موجب للفسخ والحال هذه ، فيبقى العقد على أصله وهو اللزوم .

الراجح : بعد عرض أدلة القولين ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، فإنني أميل إلى الأخذ بالقول الأول ، لأن الأصل في عقد الإجارة اللزوم ، ولا يعدل عن هذا الأصل إلى غيره إلا بمسوغ شرعي صحيح ، ولما لم يكن شيء من ذلك ، فإننا نبقي على الأصل وهو اللزوم ، أما ما ذكره الحنفية وغيرهم من وقوع الضرر على المستأجر ، فإن هذا الضرر لم يكن بسبب المؤجر ، أو بعارض طرأ على العين المستأجرة ، فلا موجب للفسخ به ، لأن هذا الضرر إنما كان بشيء تعلق بشخص المستأجر ، وهذا يكثر وقوعه ، فلو أعطينا كل من تضرر ولو بشيء يتعلق به وحده لانفسخت كثير من عقود المسلمين ، ولم يعد للقول بلزومه ابتداء فائدة ، ثم إن إعطاءه الخيار في الرجوع هنا وإن كان يزيل عنه الضرر إلا أنه يوقع بالمؤجر الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر .

المبحث الثالث

الرجوع بسبب الخيار

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

الرجوع بسبب خيار المجلس

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية خيار المجلس على أن الإجارة الواردة على الذمة يثبت فيها خيار المجلس [١]، واختلفوا في ثبوته في الإجارة الواردة على العين على قولين :

القول الأول : يثبت خيار المجلس في الإجارة الواردة على العين .

وهو وجه للشافعية رجحه الشيرازي[٢][٣]،والصحيح من مذهب الحنابلة[٤].

جاء في روضة الطالبين : " وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان : أصحهما عند صاحب المهذب يثبت " [٥]. وجاء في الإنصاف : " يثبت خيار المجلس في الإجارة مطلقاً على الصحيح من المذهب "[٦].

---

(١) انظر : المجموع ١٧٨/٩ ، روضة الطالبين ٣ ٩٩ ، المغني ١٠/٦ ، الإنصاف ٣٦٤/٤، المبدع ٦٤/٤.

(٢) هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ولد بفيروزآباد ، ونشأ ببغداد وتوفي بها، فقيه شافعي ، كان مناظر فصيحا ورعا متواضعاً . قرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاوي وغيره ، ولزم القاضي أبا الطيب . انتهت إليه رئاسة المذهب ، وبنيت له النظامية ودرس بها إلى حين وفته . له مؤلفات ، منها: المهذب ، النكت ، التبصرة . توفي سنة ٤٦٧هـ .
انظر ترجمته ، شذرات الذهب (٣ ٣٤٩) . الاعلام (٤٤/١).

(٣) انظر : المجموع ١٧٨/٩ ، روضة الطالبن ٣ ٩٩.

(٤) انظر : المغني ١٠/٦ ، الإنصاف ٤ ٣٦٤ . المبدع ٦٤/٤.

(٥) ٩٩/٣.

(٦) ٣٦٤/٤.

القول الثاني : لا يثبت فيها خيار المجلس .

وهو وجه للشافعية رجحه أكثر الشافعية [١]، وهو قول للحنابلة [٢].

جاء في روضة الطالبين : وأصحهما عند الإمام وصاحب التهذيب والأكثرين : لا يثبت ، وبه قال أبو إسحاق "[٣].

وجاء في الإنصاف :" وقيل لا يثبت في إجارة تلي العقد " [٤].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بثبوت خيار المجلس للعاقدين في الإجارة الواردة على الأعيان : بأن عقد الإجارة من عقود المعاوضات فيدخله خيار المجلس مطلقاً ، قياساً على البيع بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة [٥].

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم ثبوت الخيار في الإجارة الواردة على الأعيان : بأن المعقود عليه في عقد الإجارة المنفعة ، وهي معدومة وقت العقد ، فيكون في العقد غرر ، فلا يضم إليه الخيار فيزداد غرراً مع ما فيه من غرر [٦].

يناقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه :

الأول : أن عقد الإجارة وإن كان المقصود منه المنفعة إلا أنه وارد على العين المستأجرة التي تستوفي منها المنفعة ، فيكون المعقود عليه في عقد الإجارة موجوداً غير معدوم .

---

(١) انظر : المجموع ١٧٨/٩ ، روضة الطالبن ٩٩/٣ .

(٢) انظر : الإنصاف ٣٦٤/٤ ، الإقناع ٨٣/٢ ، حاشية ابن قاسم ٤١٦/٤.

(٣) ٩٩/٣.

(٤) ٣٦٤/٤ .

(٥) انظر : المبدع ٦٤/٤ ، حاشية ابن قاسم ٤١٦/٤ .

(٦) انظر : المجموع ١٧٨/٩.

الثاني : على القول بأن المعقود عليه المنفعة ، فإن دعوى وجود غرر في عقد الإجارة لكون المعقود عليه معدوماً غير مسلم ، وذلك لأن المنفعة وإن كانت معدومة وقت إبرام العقد إلا أنها معلومة ، وبهذا يزول الغرر .

الثالث : القول بأن إعطاء العاقدين الخيار من شأنه أن يزيد الغرر المشتمل عليه هذا العقد غير صحيح . فإن هذا الخيار مما جاءت به السنة الصحيحة ، ولا يمكن أن تأتي بما فيه غرر . فدل ذلك كله على بطلان هذه الدعوى وسقوطها.

الراجح : اتضح لي من خلال هذا العرض رجحان القول الأول المثبت خيار المجلس في إجارة الأعيان ، وذلك بالقياس على عقد البيع بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة ، فكما أن هذا الخيار يثبت في البيع ، فيثبت كذلك في الإجارة ، بل لو قلنا بأن الإجارة نوع بيع ورد على المنافع فيكون داخلاً في عموم البيع فيثبت له ما يثبت للبيع ، لكان قولا وجيها ، لا سيما إذا نظرنا إلى ما اشترطه الأصوليون في القياس من أنه يشترط لصحته أن يكون حكم الأصل المقيس عليه متفقاً عليه ، وحكم الأصل ـ وهو ثبوت خيار المجلس في البيع ـ مختلف فيه .

المطلب الثاني

الرجوع بسبب خيار الشرط

إذا شرط أحد العاقدين الخيار لنفسه في عقد الإجارة ، فهل يصح هذا الخيار، فيكون لمن ثبت له الرجوع في العقد متى شاء ؟ أم أن هذا العقد لا يرد عليه هذا الخيار ، ويكون لازماً بمجرد انعقاده ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يثبت خيار الشرط في عقد الإجارة .

وهو قول الحنفية[١] والمالكية [٢].

جاء في تبيين الحقائق : "وتفسخ بخيار الشرط " [٣]، وجاء في الإشــراف : "اشتراط الخيار في الإجارة سواء كانت معينة أو في الذمة "[٤].

القول الثاني : لا يثبت هذا الخيار في عقد الإجارة .

وهو قول الشافعية [٥].

جاء في المجموع : " وفي الإجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط"[٦].

القول الثالث : التفصيل ، وهو للحنابلة [٧].

أن الإجارة إن كانت واردة على الذمـة ثبـت فيهـا خيـار الشـرط ، أمـا إن كانت واردة على الذمة فإنه لا يثبت فيها هذا الخيـار إلا إن كـانت الإجـارة علـى مدة لا تلي العقد ".

جاء في الإنصاف : " ويثبت في الإجارة في الذمة أو على مدة لا تلي العقد، وأنها لو وليت العقد لا يثبت فيها خيار وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب "[٨]

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بثبوت خيار الشرط في الإجارة مطلقاً : بأن عقـد الإجـارة عقد معاوضة لازم محتمل الفسخ ، فثبت فيه هذا الخيار قياساً على البيع [٩].

---

(١) انظر : المبسوط ١٥٠/١٥ ، تبيين الحقائق ١٤٥/٥، فتح القدير ١٤٩/٩.

(٢) انظر : الإشراف ٦٥٤/٢ ، القوانين الفقهية ٢٣٥.

(٣) ١٤٥/٥ .

(٤) ٦٥٤/٢ .

(٥) انظر : المجموع ١٨٨/٩ ، روضة الطالبين ١٠٦/٣ ، مغني المحتاج ٤١٥/٢.

(٦) ١٨٨/٩.

(٧) انظر : الإنصاف ٣٧٤/٤ ، المبدع ٦٨/٤ ، حاشية ابن قاسم ٤٢٤/٤.

(٨) ٣٧٤/٤.

(٩) انظر : المبسوط ١٥٠/١٥ ، فتح القدير ١٤٩/٩ ، الإشراف ٦٥٤/٢

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم ثبوت خيار الشرط في الإجارة : بأن الإجارة عقد على المنافع ، وما لزم من العقود بالمنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح [١].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، إذ إن الإجارة بيع بخلاف النكاح فافترقا ، فيلحق بالأقرب ـ وهو البيع ـ ويأخذ أحكامه ، ومعلوم أن أحكام عقد البيع وطبيعة مغايرة لأحكام عقد النكاح وطبيعته ، فلا وجه حينئذ في إلحاق الإجارة بالنكاح .

أدلة القول الثالث : استدل الحنابلة لقولهم : بأن الإجارة إذا كانت على مدة تلي العقد لا يثبت فيها خيار الشرط : بأن إثبات ذلك يقضي إلى فوات بعض منافع المعقود عليه أو إلى استيفائها في مدة الخيار ، وكلاهما غير جائز [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن انتفاع المستأجر ببعض منافع المعقود عليه واستيفائها كان برضا المؤجر ، وهوالذي مكنه من ذلك بإرادته واختياره ، فيكون انتفاعه بها على هذا الاعتبار صحيحاً لا محظور فيه .

الثاني : القياس على الرد بالعيب فإنه يصح الرد بالعيب وإن فاتت بعض منافع المعقود عليه ، فكذلك يقال في خيار الشرط .

الراجح : اتضح لي مما سبق رجحان القول الأول : لأن هذا الخيار لما كان ثابتاً في عقد البيع وجب أن يثبت في عقد الإجارة لكونها نوع بيع ، يثبت فيها ما يثبت في عقد البيع إلا ما استثناه الدليل ، ثم إن الحاجة تدعو إليه ، فإن العاقد يحتاج إلى هذا الخيار كي ينظر ويستشير لا سيما إذا كانت مدتها طويلة وأجرتها عالية ، وإذا كان العاقد الآخر راضٍ باشتراط صاحبه الخيار فلا مانع منه إذاً ،

---

(١) انظر : المجموع ١٨٨/٩.

(٢) انظر : المبدع ٦٨/٤ ، حاشية ابن قاسم ٤٢٤/٤.

فالعقد شريعة العاقدين يلزم على الوجه الذي اتفقا عليه . وهنا أبرما: على شرط الخيار لأحدهما فينعقد مع ثبوت الخيار لأحدهما .

المطلب الثالث

الرجوع بسبب خيار العيب

إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيباً تنقص به المنفعة ، ولو لم يكن يعلم بهذا العيب من قبل ، فقد اتفق الفقهاء أنه يثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والإمضاء [(١)(٢)]، وذلك لما يلي :

(١) انظر : المبسوط ١٣٥/١٥ . بدائع الصنائع ٤ ٢٨٧ ، البحر الرائق ٦٢/٨ ، القوانين الفقهية ٢٣٩ ، حاشية الدسوقي ٢٤٢/٤ ، روضة الطالبين ٣٣٢/٤ ، نهاية المحتاج ٢٢٠/٤ ، تكملة المجموع ٧٤/١٥ ، المغني ٣٢/٨ ، الإنصاف ٦٦/٦، ٦٧ ، المبدع ١٠٦/٥.

(٢) اختلف الفقهاء في ضابط العيب المثبت للخيار على ثلاثة أقوال :

القول الأول : العيب الذي تفسخ به الإجارة هو ما يكون مخلاً بالانتفاع بالعين المؤجرة ، ومثلوا لذلك بأن يكون جاره جار سوء ونحو ذلك

وهو قول الحنفية .

القول الثاني : العيب الذي نفسخ به الإجارة هو كل ما يتضرر به المستأجر ضرراً غير معتاد. أما إن كان يسيراً فلا يثبت حق الفسخ .

وهو قول المالكية .

القول الثالث : العيب الذي تفسخ به الإجارة هو الذي ينقص من أجرة تلك العين .

وهو قول الشافعية والحنابلة .

انظر : بدائع الصنائع ٢٨٧/٤ ، فتح القدير ١٤٧/٩ ، البحر الرائق ٦٢/٨ ، القوانين ٢٣٩. حاشية الدسوقي ٢٤٢/٤ ، روضة الطالبين ٣٣٢/٤ . تكملة المجموع ٧٤/١٥ ، المغني ٣٢/٨، الإنصاف ٦٦/٦ ، المبدع ١٠٦/٥.

أولاً: أن العقد يقتضى سلامة المعقود عليه ، وقد وقع في المعقـود عليه هنا عيب فجاز الفسخ بسببه ، كما يجوز الفسخ بالعيب في بيوع الأعيان [١].

ثانياً : أن في وقوع العيب في العين المستأجرة يفوت غرض المستأجر، وبفوات غرضه يزول ما يجب في عقود المعاوضات من التراضي بين العاقدين ، فكان ذلك مسوغاً للفسخ [٢].

---

(١) انظر : المبسوط ١٣٥/١٥ . بدائع الصنائع ٤ ٤٨٧ . المغني ٣٢/٨ ، ٣٣.

(٢) المصادر السابقة .

المبحث الرابع

الرجوع بسبب موت أحد العاقدين

إذا مـات أحد العاقدين في عقد الإجارة قبل انتهاء المدة، فهل يكون لهذا المـوت أثـر على العقد، أم أن العقد يبقى على لزومه، ويقوم الوارث مقامه؟ فإن كـان الميـت المؤجر مكن المستأجر ورثته من استيفاء باقي المدة، وإن كان الميت المستأجر قام وارثه مقامه في استيفاء هذه المدة وأعطى المؤجر ما بقي له من أجرة، إن كان شيء منها مؤجلاً، ولا يكون له الحق في الرجوع وفسخ العقد ؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن العقد ينفسخ بمجرد موت أحد العاقدين.

وهو قول الحنفية[(١)]، والظاهرية[(٢)].

جاء في تبيين الحقائق : "وتنفسخ بموت أحد العاقدين"[(٣)]، وجاء في المحلى: "موت الأجير أو المستأجر.. كل ذلك يبطل عقد الإجارة فيما بقى من المدة"[(٤)].

القول الثاني : أن العقد لا ينفسخ، وتقوم الورثة مقام مورثهم.

وهو قول المالكية[(٥)] والشافعية[(٦)] والحنابلة[(٧)].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٢٦/٤، تبيين الحقائق ١٤٤/٥، فتح القدير ١٤٨/٩.

(٢) انظر : المحلى ٥/٧، ٦.

(٣) ١٤٤/٥.

(٤) ٥/٧، ٦.

(٥) انظر : الإشراف ٦٥٣/٢، القوانين الفقهية ٢٣٩، بداية المجتهد ١٣٥٦/٤.

(٦) انظر : روضة الطالبين ٣١٤/٤، مغني المحتاج ٤٨٥/٣، نهاية المحتاج ٣١٧/٥.

(٧) انظر : المغني ٤٣/٨، الإنصاف ٦٤/٥، المبدع ١٠٤/٥.

جاء في الإشراف : " لا ينفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين " [١]، وجاء في روضة الطالبين : " لا تنفسخ الإجارة بموت العاقدين ، بل إن مات المستأجر قام وارثه في استيفاء المنفعة مقامه . وإن مات المؤجر ترك المال عند المستأجر إلى انقضاء مدة الإجارة " [٢]، وجاء في الإنصاف : " ولا تنفسخ الإجارة بموت المكرى والمكتري . هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب "[٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : إن العقد ينفسخ بموت أحد العاقدين بما يلي :

الدليل الأول :

إن المستأجر قد استأجر المنافع ، وهي تحدث شيئاً فشيئاً ، وبموت المؤجر فإن ملكية الشيء المستأجر تنتقل إلى الورثة . فلا يحل للمستأجر حينئذ أن ينتفع بمنافع حادثة في ملك من لم يستاجر منه شينا . وهذا هو أكل أموال الناس بالباطل. وأيضاً فإن المستأجر إذا مات لم يملك ورثته المنافع المتجددة بعد موته ، لأنهم إما أن يملكوها بعقد من المؤجر أو بارثهم لها ، وكلا الأمرين لم يحصل ، لأنهم لم يعقدوا مع المؤجر عقد إجارة ، ولم يملك مورثهم هذه المنافع التي حدثت بعد موته حتى يورثها عنه [٤].

نوقش : إن المستأجر قد ملك المنافع بمجرد انعقاد العقد وتمكينه من استيفائها ، فإن قبض المنافع يكون بالتمكين منها ، وقد وجد ذلك من المؤجر ، فتكون هذه المنافع ملكاً للمستأجر يرثها عنه ورثته ، في حين أن الأجرة قد وجبت

---

(١) ٦٥٣/٢ .

(٢) ٣١٤/٤.

(٣) ٦٤/٦ .

(٤) انظر . تبيين الحقائق ١٤٤/٥ . البحر الرائق ٨ ٦٣ ، المحلى ٦/٧ .

عليه كاملة وقت العقد ، فثبت للمؤجر إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً [١].

الدليل الثاني :

قياس الإجارة على العارية بجامع أنّ كلا منهما عقد على منافع ، فكما أن المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة ، بل ينفسخ العقد بذلك ، وترجع العين المعارة إلى المعير ، فكذلك الإجارة تنفسخ بموت أحدهما ولا تنتقل إلى الورثة فيقومون مقام مورثهم [٢].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه قياس مع الفارق ، إذ إن الإجارة من عقود المعاوضات بخلاف العارية فإنها من عقود التبرعات فافترقا.

الثاني : إن المنفعة في عقد الإجارة مملوكة للمستأجر ، بخلاف العين المعارة فالمنفعة فهيا مباحة غير مملوكة ، فلا يصح أن يسوًّى بينهما في الأحكام ..

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم انفساخ العقد بموت أحد العاقدين بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [٣].

وجه الدلالة :

أن الله أمر بالوفاء بالعقود ، وذلك بإتمامها إلى أجلها ووقتها ، وبموت أحدهما لا سبيل إلى تحقيق الإيفاء بالعقد إلا بانتقاله إلى الورثة ، فيلزم الورثة الإتمام عملاً بعموم الآية [٤].

---

(١) انظر : المغني ٤٣/٨ ، المبدع ٥ ١٠٤.

(٢) انظر : المبسوط ١٥٣/١٥ ، ١٥٤ ، تبيين الحقائق ١٤٤/٥.

(٣) سورة المائدة آية (١).

(٤) انظر : المغني ٤٤/٨ ، المبدع ١٠٤/٥.

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : "من ترك مالاً فلورثته .." [١].

وجه الدلالة أن هذا الحديث دليلٌ على أن من ترك مالاً أو حقًا فإنه ينتقل إلى ورثته بعد موته، وفيما نحن بصدده هنا فإن العين المستأجرة حق تركه المستأجر، والأجرة مال تركه المؤجر فينتقل ما تركه كل واحد منهما إلى ورثته [٢].

الدليل الثالث :

أن عقد الإجارة لازم، يملك به المستأجر منافع العين المستأجرة كاملة وقت العقـــد، ويملك المؤجر – كذلك – كامل الأجرة بمجرد العقد، فلم ينفسخ بموت أحدهما كالبيع [٣].

الدليل الرابع :

القياس على الرهن، بجامع أن كلاً منهما عقد تعلق بمنفعة تستوفى من عين، فكما أن الرهن لا ينفسخ بموت أحد العاقدين، فكذلك الإجارة [٤].

الراجـــح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الثاني: أن عقد الإجارة يبقى لازمًا وإن مات أحد العاقدين، فلا حق للعاقد الآخر ولا لورثة الميــت في الرجوع وفسخ العقد، لأن حق المستأجر تعلق بالعين المؤجرة فلا تنحل قـــبل استيفاء هذا الحق، فإن تعذر استيفاؤه لها بنفسه بسبب موته، فإن وارثه يقوم

---

(١) أخـــرجه الـــبخاري – كـــتاب الـــنفقات – باب قول النبي ﷺ من ترك دينًا أو ضياعًا فإليّ وعليّ (٤٢٩/٣). ومسلم – كتاب الفرائض (٦١/١١).

(٢) انظر : الأم ٣٠/٤، الإشراف ٦٥٣/٢، المغني ٤٤/٨.

(٣) انظر : الإشراف ٦٥٣/٢، مغني المحتاج ٤٨٥/٣، المغني ٤٤/٨.

(٤) انظر : الإشراف ٦٥٣/٢.

مقامه في الاستيفاء ، ويرث هذا الحق عنه ، فيجب على المؤجر أن يمكنه من ذلك. هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المؤجر ــ أيضاً ــ قد ملك الأجرة بمجرد العقد، فأصبحت ديناً له في ذمة المستأجر ، فإن مات فإن حقه يتعلق بتركته فيستوفيه منها قبل قسمتها ، فإن مات المؤجر قام وارثه مقامه في المطالبة بما وجب لمورثه في ذمة المستأجر إن لم يكن سلمه الأجرة من قبل ، أما إذا كان العاقد الميت لا وارث له فإن الإجارة حينئذ تنفسخ ، لتعذر الاستيفاء ، فلم يبق للعقد فائدة .

المبحث الخامس

الرجوع بسبب فساد العقد

يفسد عقد الإجارة بتخلف ركن من أركانه ، وشرط من شروط صحته ، فإذا فسد العقد لأي سبب من الأسباب ، فإن هذا الفساد لا يخلو من حالين :

الحال الأولى : أن يتبين قبل القبض .

وفي هذه الحال ينفسخ العقد ، وكأنه لم يكن ، فلا يترتب عليه أثر ، ويرجع كلا العاقدين على صاحبه ، فالمؤجر يرجع بالعين المستأجرة ، والمستأجر يرجع بالأجرة المقدمة [١].

الحال الثانية : أن يتبين بعد القبض .

وفي هذه الحال اتفق الفقهاء ــ أيضاً ــ على القول بانفساخ العقد وانحلاله بسبب فساده ، ولكن تترتب عليه آثاره ، وذلك باعتبار انتفاع المستأجر بالعين المستأجرة وعدمه [٢].

فإن كان المستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة ، فإن المؤجر تثبت له أجرة المثل في ذمة المستأجر ، وهذا باتفاق الفقهاء ، وذلك لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر ، فاستحق قيمتها كما لو استوفاها [٣].

أما إن كان المستأجر لم ينتفع بها ، فإن الفقهاء اختلفوا في وجوب الأجرة عليه ، ومدى استحقاق المؤجر لها على قولين :

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٢٠/٤ ، وتبيين الحقائق ١٢١/٥ ، فتح القدير ٩٢/٩ ، الإشراف ٦٥٦/٢ ، القوانين الفقهية ٢٤٠ ، المقدمات الممهدات ١٧٣/٢ ، مغني المحتاج ٤٨٩/٣ ، نهاية المحتاج ٣٢٧/٥ ، حاشية قليوبي ٨٦/٣ ، الإنصاف ٨٧/٦ ، المبدع ١١٩/٥ ، شرح منتهى الإرادات ٢٧٤/٢ ، المحلى ٥/٧ .

(٢) المصادر السابقة .

(٣) المصادر السابقة .

القول الأول : لا يستحق المؤجر شيئاً .

وهو مفهوم قول الحنفية [١]، وقول للحنابلة [٢].

جاء في بدائع الصنائع : " الإجارة الفاسدة .. فحكمها الأصلي هو ثبوت الملك للمؤاجر في أجرة المثل لا في المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكاً فاسدة " [٣]، وجاء في الإنصاف : " وقيل لا أجرة عليه إن لم ينتفع ، وهو رواية عن الإمام أحمد "[٤].

القول الثاني : يستحق المؤجر أجرة المثل .

وهو قول المالكية [٥] والشافعية [٦]، والمذهب عند الحنابلة [٧].

جاء في الإشراف : " الكراء الفاسد إذا قبضت العين فعليه أجرة المثل سواء استعملها أو لم يستعملها "[٨]. وجاء في مغني المحتاج : " وتستقر في الإجارة الفاسدة أجره المثل بما يستقر به المسمى في الصحيحة سواء انتفع بها أم لا "[٩]. وجاء في الإنصاف : " إذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أم لم يسكن . هذا المذهب " [١٠].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣١٩/٤ ـ ٣٢٠. تبيين الحقائق ١٢١/٥ ، فتح القدير ٩٢/٩.

(٢) انظر : الإنصاف ٦ ٨٧ . المبدع ١١٩/٥ .

(٣) ٣١٩/٤ ، ٣٢٠.

(٤) ٨٧/٦ .

(٥) انظر : الإشراف ٦٥٦/٢ . المقدمات الممهدات ١٧٣/٢.

(٦) انظر : مغني المحتاج ٤٨٩/٣ . نهاية المحتاج ٣٢٧/٥ ، حاشية قليوبي ٨٦/٣.

(٧) انظر : الإنصاف ٦ ٨٧ . المبدع ١١٩/٥ . شرح منتهى الإرادات ٢٧٤/٢.

(٨) ٦٥٦/٢.

(٩) ٤٨٩/٣.

(١٠) ٨٧/٦.

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن المؤجر لا يستحق شيئاً من الأجرة : بأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها ، لأن العوض مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة ، فلمّا لم يحصل شيء من ذلك لم يكن لوجوب الأجرة مسوغ [١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن المؤجر يستحق أجرة المثل وإن لم يستوف المستأجر من العين المؤجرة شيئاً : بقياس بيع المنافع على بيع الأعيان ، فلو قبض المشتري المبيع قبضاً فاسداً ففات عنده وجبت قيمته فكذلك هنا ، وبالقياس ـ أيضاً ـ على الإجارة الصحيحة ، لأنها عين قبضت على وجه الإجارة فكان تلف المنفعة فيها مضموناً بالبدل [٢].

يناقش هذا الاستدلال : بأنه في غير محل النزاع . فإن الأجرة وجبت ـ فيما استدلوا به ـ مقابل ما استوفى المستأجر من المنافع ، وهذا ما لاخلاف فيه ، وإنما الخلاف فيما إذا لم ينتفع بشيء من العين المستأجرة ، وهذا ما لا يدل عليه هذا الدليل الذي استندوا إليه .

الراجح : القول الراجح من هذين القولين هو القول الأول : أن المؤجر لا يستحق شيئاً من الأجرة إن لم يستوف المستأجر منها شيئاً ، لأن هذا هو الأقرب إلى العدل ، والأبعد عن الوقوع في أكل أموال الناس بالباطل ، إذ إن المستأجر لم يستوف شيئاً من العين المستأجرة فكيف يجب عليه عوض شيء لم يستوفه ولم ينتفع به ، وهل هذا إلا من أكل أموال الناس بالباطل ، فالحق إذاً أن المؤجر لا يستحق من المستأجر شيئاً إذا لم يستوف شيئاً من العين المستأجرة .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣١٩/٤ . المبدع ١١٩/٥.

(٢) انظر : الذخيرة ٤٦٢/٥ . مغني المحتاج ٤٨٩/٣.

المبحث السادس

الرجوع بسبب تلف العين المستأجرة

تلف المعقود عليه إما أن يكون في إجارة الذمم ، أو يكون في إجارة الأعيان، فإن كان في إجارة الذمم فإن هذا لا يوجب انحلال العقد ،وإنما يعطى المستأجر الحق في الرجوع عن العقد ، وإن أراد المضي في العقد فإن المؤجر حينئذ يلزمه أن يأتيه بعين أخرى ، وهذا باتفاق الفقهاء (١).

أم إذا كان تلف المعقود عليه في إجارة الأعيان ، فإنه لا يخلو من حالين:

الحال الأولى : أن يكون التلف قبل قبض العين المؤجرة ، ففي هذه الحال لا خلاف بين الفقهاء في أن الإجارة تنفسخ ، ولا أجرة على المستأجر ، لأن المعقود عليه في هذه الحال في ضمان المؤجر ، فلم يلزم المستاجر شيئاً (٢).

الحال الثانية : أن يكون التلف بعد قبضها ، فإن ذلك لا يخلو ـ أيضاً ـ من حالين :

الأولى : أن يكون تلفه قبل مضي مدة لها أجر .

ذهب عامة الفقهاء إلى القول بانحلال العقد إذا تلف المعقود عليه قبل مضي مدة لها أجر ، وذلك لانعدام محل العقد ، لزوال منفعة العين بالهلاك ، فيرجع المستأجر على المؤجر بكامل الأجرة إن كان قد سلمها له (٣).

---

(١) انظر : المبسوط ١٣٦/١٥ ، تبيين الحقائق ١٤٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ٤٧٥/٥ ، حاشية الدسوقي ٣٧٨/٥ ، حاشية الخرشي ٢٦٩/٧ ، الوسيط ١٨٥/٤ ، مغني المحتاج ٤٨٤/٣، المبدع ١٠٣/٥، كشاف القناع ٣٢/٤.

(٢) انظر : المبسوط ١٣٦/١٥. بدائع الصنائع ٢٨٨/٤ ، فتح القدير ١٤٧/٩، حاشية الدسوقي ٣٧٨/٥، حاشية الخرشي ٢٦٩/٧. روضة الطالبين ٣١٠/٤ ، نهاية المحتاج ٣١٧/٥، المغني ٢٨/٨، المبدع ١٠٣/٥ . المحلى ١٠/٧.

(٣) المصادر السابقة .

وخالف في ذلك أبو ثور[١] ، فذهب إلى أن الأجرة تستقر في هذه الحال على المستأجر ، لأن المعقود عليه قدتلف بعد قبضه فأشبه المبيع [٢]. وهذا غير صحيح ، لأن المعقود عليه هنا وهي المنافع قبضها يكون باستيفائها أو التمكين من استيفائها، ولم يحصل شيء من ذلك . فاشبه تلف المبيع قبل القبض ، إذ لا يترتب على التلف في هذه الحال ضمان على المشترى . فكذلك يقال في المستأجر إن لم يقبض المنافع بالاستيفاء أو بالتمكين من الاستيفاء .

الثانية : أن يكون تلفه بعد مضي مدة لها أجر .

اختلف الفقهاء ـ في أثر ذلك على العقد ـ على قولين :

القول الأول : أن العقد ينفسخ فيما بقى من المدة .

وهو قول الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، والظاهرية [٧].

جاء في فتح القدير : " وإذا خربت الدار أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة " [٨]، وجاء في الشرح الكبير : " كل عين يستوفى منها المنفعة

---

(١) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان . لقب بأبي ثور . أصله من بني كلب من أهل بغدد ، فقيه من أصحاب الإمام الشافعي . ولد سنة ١٧٠هـ . قال ابن حبان : " كان أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وورعاً وفضلاً . صنف الكتب وفرع على السنن ". له مؤلفات منها : كتاب فيه ذكر اختلاف مالك والشافعي . توفي سنة ٢٤٠هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١١٨/١)، تذكر الحفاظ (٨٧/٢).

(٢) انظر : المغني ٨ ٢٨ . المحلى ١٠/٧. مجموع الفتاوى ٢٨٨/٣٠.

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٤ ٢٨٨ . فتح القدير ٩ ١٤٧، حاشية ابن عابدين ٤٧/٥.

(٤) انظر : الشرح الكبير ٥ ٣٧٨ . مواهب الجليل ٧ ٥٦١، حاشية الخرشي ٢٦٩/٧.

(٥) روضة الطالبين ٣١٠/٤ ، مغني المحتاج ٤٨٤/٣ . نهاية المحتاج ٣١٧/٥.

(٦) انظر : المغني ٨ ٢٨ . الإنصاف ٦ ٦١ ، المبدع ١٠٢/٥ .

(٧) انظر : المحلى ٧ ١٠.

(٨) ١٤٧/٩.

فبهلاكها تنفسخ الإجارة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المعينة "[١]،وجاء في روضة الطالبين : " القسم الثاني ـ من أقسام الانفساخ ـ : فوات المنفعة بالكلية حساً ...فإن كان في خلال المدة انفسخ العقد في الباقي "[٢]، وجاء في الإنصاف : "وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها ، سواء تلفت ابتداء أو في أثناء المدة . فإذا تلفت في أثنائها انفسخت أيضاً فيما بقي فقط على الصحيح من المذهب" [٣]، وجاء في المحلى : " إن هلك الشيء المستأجر فإن الإجارة تنفسخ " [٤].

القول الثاني : أن العقد لا ينفسخ فيما بقي من المدة ، ولكن يثبت حق الفسخ .

وهو قول بعض الحنفية [٥]، وقول للحنابلة [٦].

جاء في حاشية الشلبي : " الإجارة لا تنفسخ ولكن يثبت له حق الفسخ، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي "[٧]. وجاء في الإنصاف " : وقيل : لا فسخ في هدم دار فيخير" [٨].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بانفساخ العقد فيما بقي من المدة : بأن العقد على منفعة العين ، وقد زالت بالهلاك والتلف ، فانعدم المحل ، فلم يكن لبقاء العقد فائدة [٩].

---

(١) ٥/٣٧٨.
(٢) ٤/٣١٠.
(٣) ٦/٦١.
(٤) ٧/١٠.
(٥) انظر:بدائع الصنائع٤/٢٨٨،فتح القدير٩/١٤٧،حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق ٥/١٤٤.
(٦) انظر : الإنصاف ٦/٦١ ، المبدع ٥/١٠٢.
(٧) ٥/١٤٤.
(٨) ٦/٦١.
(٩) انظر : المغني ٨/٢٨.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم انفساخ العقد بتلف المعقود عليه : بأن المعقود لم يفت من كل وجه ، فلو انهدمت الدار المؤجرة ـ مثلاً ـ فإنها تبقى بعد الانهدام منتفعاً بها منفعة السكنى في الجملة ، بأن يضرب فيها خيمة، وبهذا تبين أنه لم يفت المعقود عليه ، إذ إن العقد قد فات على وجه يتصور عوده ، وهذا يكفي لبقاء العقد [١].

يناقش : بأن العين المؤجرة بتلفها ينعدم المحل ، ومحل العقد هي تلك المنفعة المقصودة وقت العقد ، أما ضرب الخيمة في الدار بعد انهدامها فإن هذه ليست بمنفعة مقصودة ومطلوبة من الدار عادة ، فلا يحكم مع وجود هذه المنافع ببقاء العقد، إذ المنافع المقصودة انعدمت فلم يكن لبقائه فائدة .

الراجح : القول الراجح هو القول الأول ، وذلك لأن بقاء العقد لا يتصور مع انعدام المحل ، فلو قلنا بعدم انحلاله ، فإن العقد يكون على لا شيء ، وهذا ما لا يجوز شرعاً ، فلو نظرنا إلى بعض العقود التي منع منها الشارع لأجل اشتمال المعقود عليه ـ المحل ـ على غرر ، أيقنا أن المنع منه مع انعدام المعقود عليه من باب أولى .

وفي مسألتنا هذه فإن المنافع قد انعدمت بتلف العين التي يستوفى منها هذه المنافع .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٨٨/٤ . فتح القدير ١٤٧/٩.

الفصل الثاني

الرجوع في المساقاة والمضاربة

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع في المساقاة .

المبحث الثاني : الرجوع في المضاربة .

الفصل الثاني

الرجوع في المساقاة والمضاربة

المبحث الأول

الرجوع في المساقاة[1]

المطلب الأول

الرجوع في المساقاة بلا موجب

اختلف الفقهاء في صفة عقد المساقاة من حيث اللزوم والجواز على قولين:

القول الأول : أن المساقاة عقد جائز ، ولكل واحد من العاقدين الرجوع عنه .

وهو المذهب عند الحنابلة [2]، وقول الظاهرية [3].

جاء في الإنصاف : والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه في رواية الأثـرم [4]

---

(١) المساقاة في اللغة : مفاعلة من السقي ــ بفتح السين وسكون القاف ــ وهي دفع النخيل والكروم إلى من يستعين ويقوم بمصلحته . على أن يكون للعامل سهم والباقي لمالك النخيل والكروم . وأهل العراق يسمونها المعاملة .

انظر : لسان العرب مادة (سقي) (٣٩٠/٤).

وفي الاصطلاح : " دفع أرض وشجر له ثمر مأكول لمن يغرسه أو مغروس معلوم لمن يعمل عليه ويقوم بمصلحته بجزء مشاع معلوم من ثمرته ".

انظر : تبيين الحقائق ٢٨٤/٥ ، مواهب الجليل ٤١٧/٧، أسنى المطالب ٤٠١/٢، كشاف القناع ٥٣٢/٣.

(٢) انظر : المغني ٥٤٢/٦ ، الإنصاف ٥ ٤٧٢ ، المبدع ٤٩/٥ ، حاشية ابن قاسم ٢٨١/٥.

(٣) انظر : المحلى ٧١/٧.

(٤) هو أبو بكر أحمد بن محمد بن هانيء الطائي او الكلبي الإسكافي ، صاحب الإمام أحمد ، كان إماما من أهل الحفظ والإتقان . نقل عن احمد مسائل كثيرة وصنفها ورتبه أبواباً . توفي سنة ٢٦١هـ . انظر ترجمته : طبقات الحنابلة ٦٦/١، تذكرة الحفاظ ١٣٥/٢، الأعلام ١٩٤/١.

وهذا المذهب " (١)، وجاء في المحلى :"وكل ما قلناه في الزراعة فهو كذلك ههنا لا تحاش شيئاً من تلك المسائل "(٢).

القول الثاني : أن المساقاة عقد لازم ، وليس لأحد فسخه والرجوع عنه.

وهو قول الحنفية (٣)والمالكية(٤) والشافعية(٥) ، وقول للحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية (٦).

جاء في بدائع الصنائع : " إن هذا العقد لازم من الجانبين ، حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه إلا من عذر" (٧)، وجاء في المقدمات الممهدات : "وهي من العقود اللازمة تنعقد باللفظ وتلزم به "(٨)، وجاء في المهذب : " عقد لازم ، وإذا تم لم يجز لواحد منهما فسخه " (٩). وجاء في الإنصاف: " وقيل: هي عقد لازم،قاله القاضي واختاره الشيخ تقي الدين "(١٠).

أدلة القول الأول :

استدل القائلون إن عقد المساقاة جائز ، فيكون لكلا العاقدين الحق في فسخه ، بما يلي :

---

(١) ٤٧٢/٥.

(٢) ٧١/٧.

(٣) انظر . بدائع الصنائع ٢٨٢/٦ . تبيين الحقائق ٢٨٦/٥ ، فتح القدير ٤٩٠/٩، البحر الرائق ٣٠١/٨.

(٤) انظر : المقدمات الممهدات ٥٥٢/٢ . بداية المجتهد ١٣٩/٤.

(٥) انظر : المهذب ٢٣٨/٢، روضة الطالبين ٢٣٦/٤ ، نهاية المحتاج ٢٥٨/٥.

(٦) انظر : المغني ٥٤٢/٦ ، الإنصاف ٥ ٤٧٢، المبدع ٤٨/٥ ، حاشية ابن قاسم ٢٨١/٥.

(٧) ٢٨٢/٦.

(٨) ٥٥٢/٢.

(٩) ٢٣٨/٢.

(١٠) ٤٧٢/٥.

الدليل الأول :

ما روي عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، فقال : نقركم على ذلك ما شئنا " [١].

وجه الدلالة :

أن المساقاة لو كانت لازمة لماجازت بغير تقدير مدة ، ولا أن يجعل رسول الله ﷺ الخيرة إليه في مدة إقرارهم على المساقاة ، ولم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ، ولو قدر لم يترك نقله . لأن ذلك مما يحتاج إليه ، فلا يجوز الإخلال بنقله [٢].

يناقش : أن المراد بقوله : " نقركم على ذلك ما شئنا " مدة العهد ، وأن لنا إخراجكم بعد انقضائها . أو أن ذلك كان في أول الأمر خاصة للنبي ﷺ .

الدليل الثاني :

أن عمر أجلى اليهود من الأرض وأخرجهم من خيبر ، ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم منها [٣].

يناقش : أن إخراج عمر لهم إنما كان بسبب نقضهم العهد ، فلا يصلح التعلق به .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب الحرث والمزارعة ــ باب " المزارعة بالشطر ونحوه (١٣٧/٣) ، ومسلم في صحيحه ــ كتاب المساقاة ــ باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٦/٣).

(٢) انظر : المحلى ٦٢/٧.

(٣) المصدر السابق .

الدليل الثالث:

القياس على المضاربة ، بجامع أن كلا منهما عقد على جزء من النماء في المال لا يفتقر إلى ذكر المدة ، فلما كانت المضاربة جائزة وجب أن تكون المساقاة كذلك [١].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول: أن نماء الثمر في المساقاة متأخر عن العمل ، فكان في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل ، أما نماء المال في المضاربة فمتصل بالعمل ، فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل ، فلذلك صار العقد لازماً في المساقاة ، جائزاً في المضاربة .

الثاني : أن هذا القياس ينتفي بالإجارة ، وهي أشبه بالمساقاة من المضاربة بجامع أن العمل فيهما في أعيانٍ تبقى بحالها بخلاف المضاربة فإن أعيانها لا تبقى بعد العمل فأشبهت الوكالة .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون إن عقد المساقاة لازم للطرفين ، فليس لأحد الحق في فسخه بما يلي :

الدليل الأول:

القياس على الإجارة بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة ، وأن العمل فيها في أعيان تبقى بحالها ، بخلاف المضاربة فإن الأعيان فيها لا تبقى بعد العمل فأشبهت الوكالة ، فكما أن الإجارة لا يحق لأحد العاقدين فسخها والرجوع عنها ، فكذلك المساقاة [٢].

---

(١) انظر : حاشية ابن قاسم ١٨١/٥ ـ ٢٨٢.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٢٣٦/٤ ، مغني المحتاج ٤٣٣/٤ ، المغني ٥٤٢/٦.

نوقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الإجارة بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ، ولأن عوضها مقدر معلوم ، فافترقا[١] .

الدليل الثاني :

أن في القول بلزومها مراعاة لمصلحة كلا العاقدين ، إذ لو تمكن العامل من فسخه قبل تمام العمل تضرر المالك بفوات الثمرة أو بعضها بعد العمل لكونه لا يحسنه أو لا يتفرغ له . ولو تمكن المالك من فسخه تضرر العامل بفوات نصيبه من الثمرة ، لأن الغالب فيها أن تكون أكثر من أجرة المثل [٢].

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الثاني ، والذي يقضي بلزوم عقد المساقاة ، فلا يكون لأحد العاقدين الحق في الرجوع عنه، سواء كان ذلك بعد ظهور الثمرة أم قبل ظهورها ، لأنه على افتراض أن العامل لا يتضرر من الفسخ بعد إدراك الثمرة فهو بالتأكيد يتضرر بالفسخ قبل إدراك الثمرة، وذلك بفوات نصيبه منها ،وإذا كان العامل لا يتضرر بالفسخ بعد إدراك الثمرة فإن المالك يتضرر بفسخ العامل بعد إدراكها وذلك بفوات بعضها ، لأن المالك قد لايحسن المساقاة أو يتفرغ لها ، فمراعاة مصلحة كلا العاقدين تستوجب القول بلزومها ، فليس للعامل ولا المالك الحق في فسخها .

---

(١) انظر : المبدع ٥/٥٠.

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٥/٢٥٨.

المطلب الثاني

الرجوع بسبب موت أحد العاقدين

إذا مات أحد العاقدين في المساقاة ، فما أثر ذلك على العقد ؟ وهل يقوم الوارث مقام المورث ؟ فلو كان الميت هو رب المال ، وكان موته قبل تمام المدة أو وقت إدراك الثمر ، فهل يقوم ورثته مقامه ، ويكون لهم حق إلزام العامل بالعمل إلى تمام المدة أو وقت إدراك الثمر ، أو ليس لهم ذلك ؟ وإذا كان الميت هو العامل، فهل ينتقل لوارثه حق العمل إلى تمام المدة أو الإدراك ، ويستحق ما كان مشروطاً لمورثه من الثمرة ، أو ليس له ذلك ؟

في هذه المسألة حالتان :

الأولى : إذا كان الميت هو رب المال .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : المساقاة لا تنفسخ ، بل يقوم الوارث مقام مورثه في عقد المساقاة ، ويلزم العامل تمام العمل إلى المدة المتفق عليها .

وهو قول المالكية[١] والشافعية[٢] ، وقول للحنابلة [٣].

جاء في حاشية الدسوقي : " وموت رب الحائط بعد عقد المساقاة كفلسه في عدم فسخ المساقاة به "[٤]، وجاء في روضة الطالبين : " لو مات المالك في أثناء

---

(١) انظر : المدونة ١٧/٥ ، بداية المجتهد ١٣٩٠/٤ ، حاشية الدسوقي ٣٤٧/٥.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٢٣٨/٤، الحاوي ٣٨٣/٧، مغني المحتاج ٤٣٥/٣، نهاية المحتاج ٢٥٩/٥.

(٣) انظر : المغني ٥٤٦/٧ ، الإنصاف ٤٧٤/٥ ، المبدع ٥١/٥.

(٤) ٣٤٧/٥.

المدة لم تنفسخ المساقاة ، بل يستمر العامل ويأخذ نصيبه "[١]، وجاء في المغني: "وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ، ويقوم الوارث مقام الميت منهما" [٢].

القول الثاني : المساقاة تنفسخ بموت رب المال ، فلا يقوم وارثه مقامه .

وهو قول الحنفية [٣] ـ إلا إذا مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه إلى أن يدرك الثمر . وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحساناً ـ وقول للحنابلة [٤].

جاء في تبيين الحقائق :" وتبطل بالموت .. فإذا مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه إلى أن يدرك الثمر ، وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحساناً " [٥]، وجاء في المغني : " بموتهما تنفسخ المساقاة " [٦].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن المساقاة لا تنفسخ بموت رب المال ، وأن الوارث يقوم مقامه ، بما يلي :

الدليل الأول:

القياس على عقد الإجارة بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة ، فكما أن الإجارة لا تنفسخ بموت المؤجر ، فكذلك المساقاة لا تنفسخ بموت رب المال[٧].

---

(١) ٢٣٨/٤.

(٢) ٥٤٦/٧.

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢٨٤/٦. تبيين الحقائق ٢٨٥/٥ ـ ٢٨٦ ، فتح القدير ٤٩٢/٩. البحر الرائق ٣٠١/٨.

(٤) انظر : المغني ٥٤٦/٧ ، الإنصاف ٤٧٤/٥ ، المبدع ٥١/٥.

(٥) ٢٨٥/٥ ـ ٢٨٦.

(٦) ٥٤٦/٧ .

(٧) انظر : المغني ٥٤٦/٧ ، المبدع ٥ ٥١.

يناقش هذا الاستدلال : بأنه قياس فاسد الاعتبار ، حيث إن حكم الأصل المقيس عليه ــ وهو عدم انفساخ عقد الإجارة بموت المؤجر ــ مختلف فيه ، ومن شرط صحة القياس أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .

الدليل الثاني :

أن في القول بعدم انفساخ المساقاة بموت رب المال مراعاة لمصلحة العامل وورثة رب المال ، إذ لو قيل بانفساخها بموت رب المال لتضرر بذلك العامل . وذلك لفوات نصيبه من الثمرة التي أدركها وتعلقت نفسه بها ، والغالب فيها أن تكون أكثر من أجرة المثل ، في حين أنه لو قيل : بأنه العامل لا يلزم بإتمام العمل إلى تمام المدة أو إدراك الثمرة لتضرر بذلك ورثة رب المال ، لكونهم لا يحسنون العمل، أو لا يتفرغون له [١].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن المساقاة تنفسخ بموت رب المال ، وأن الوارث لا يقوم مقامه بما يلي :

الدليل الأول :

أن المساقاة عقد جائز فتبطل بالموت لسائر العقود الجائزة [٢].

يناقش : بأنه لا يسلم بأن المساقاة عقد جائز ، بل هي عقد لازم ، لما سبق بيانه في المطلب الأول .

الدليل الثاني :

القياس على عقد الإجارة . فكما أن الإجارة تبطل بموت المؤجر ، فكذلك المساقاة [٣].

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ٢٥٨/٥.

(٢) انظر : كشاف القناع ٥٣٩,٣.

(٣) انظر : البحر الرائق ٣٠١/٨.

يناقش هذا القياس من وجهين :

الأول : أنه قياس فاسد الاعتبار ، لأن حكم الأصل مختلف فيه .

الثاني : مع التسليم بصحته ، فقد سبق وأن بينت أن القول الصحيح في موت الأجير أو المستأجر أنه لا يؤثر على العقد . فلا ينفسخ العقد بسببه . بل يقوم الوارث مقام مورثه .

أما ما ذهب إليه الحنفية في الاستحسان من أن العامل له أن يقوم على الثمر بعد ظهوره حتى يدرك الثمر . وإن لم يرض بذلك ورثة رب المال ، فقد استدلوا له: بأن في انتقاض العقد بموت رب المال إضراراً بالعامل ، وإبطالاً لما كان مستحقاً له بعقد المعاملة ، وهو ترك الثمار في الأشجار إلى وقت الإدراك ، وكما يجوز نقض الإجارة لدفع الضرر يجوز إبقاؤها لدفع الضرر . وإن قال العامل : لا أريد إتمام العمل ، بل أريد أن آخذ نصف ما ظهر من الثمرة قبل الإدراك ، كان له ذلك ، لأن إبقاء العقد لدفع الضرر عنه ، فإذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد بموت رب الأرض ، إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بورثة رب الأرض ، فيكون لهم الخيار : بين أن يقسموا الثمرة على الشرط ، أو يعطوا العامل قيمة نصيبه منها ، أو ينفقوا عليها حتى تدرك . ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الثمر [1].

يناقش هذه الاستدلال : بأنه ينبغي أن يراعى طرفي العقد على حد سواء ، فكما أبقي العقد بعد موت رب الأرض دفعاً للضرر عن العامل ، فيلزم منه أن يبقى دفعاً للضرر عن ورثة الأرض ، فإن الضرر كما يلحق العامل ، يلحق ورثة رب الأرض بالفسخ ، لكونهم لا يحسنون العمل ، أو لا يتفرغون له ، فلا يندفع الضرر عنهم إلا بإلزام العامل بما التزمه من العمل .

الراجح : تبين لي من خلال هذا العرض رجحان القول الأول : أن المساقاة لا تنفسخ بموت رب المال . وأن وارثه يقوم مقامه ، فيكون لهم بإلزام العامل

---

(١) انظر : فتح القدير ٤٩٢/٩ . اللباب ٢ ٢٣٤

بالعمل إلى تمام المدة أو وقت ادراك الثمر . لأن في الأخذ بهذا القول يندفع الضرر عن كلا العاقدين ، في حين أن العقد لازم . والعقد اللازم لا ينفسخ بموت أحد العاقدين .

الثانية : إذا كان الميت هو العامل .

الخلاف في انفساخ المساقاة بموت العامل هو نفس الخلاف في انفساخها بموت رب المال ، فلا حاجة لتكراره، ولكن الذي أريد أن ابينه هنا،أن هذا الحق ـ وهو العمل إلى تمام المدة أو الإدراك الذي كان ثابتاً للعامل ـ هل ينتقل بعد موته إلى ورثته، فيقومون باتمام العمل . ويستحقون بذلك ما كان مشروطاً لمورثهم من الثمرة ؟

إذا مات العامل في المساقاة انتقل إلى ورثته حق العمل ، والقيام على الشجر إلى وقت إدراك الثمر ، ويستحقون ما شرط لمورثهم منه ، وليس لرب الثمر أن يمنعهم من ذلك .

فإن أبى الورثة عن إتمام العمل كان لهم ذلك ، ولكن هل يستأجر من تركة العامل من يتمم العمل أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن ورثة العامل إن امتنعوا عن العمل ، استؤجر من تركة العامل من يتمم العمل .

وهو قول المالكية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣].

جاء في المنتقى : فإن مات العامل عمل ورثته إن كانوا أمناء كما كان

---

(١) انظر : المدونة ١٧/٥ ، بداية المجتهد ١٣٩٠/٤ . المنتقى ٤٠٩/٤.

(٢) انظر : المهذب ٢٣٩/٢ . روضة الطالبين ٢٣٨/٤ . مغني المحتاج ٤٣٥/٣.

(٣) انظر : المغني ٥٤٦/٧ ، الفروع ١٠/٤ . الإنصاف ٤٧٤/٥ ، المبدع ٥١/٥.

صاحبهم يعمل ، إن أبوا ذلك كان مال الميت لازماً لهم "[١]. وجاء في المهذب : "وإن مات العامل قبل الفراغ فإن تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة ، وإن لم يعمل فإن كان له تركة استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه .." [٢]، وجاء في الفروع : " فلو مات العامل فوارثه كهو ، فإن أبى استأجر الحاكم من التركة.." [٣].

القول الثاني : لا يستأجر من تركة العامل من يتمم عمله .

وهو قول الحنفية [٤].

جاء في فتح القدير : " فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض .. بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر "[٥].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن ورثة العامل إن امتنعوا عن العمل ، استؤجر من تركة العامل من يتمم العمل : بأن عقد المساقاة لازم لا يبطل بالموت ، وأن ما التزمه من العمل حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة ، فوجب أن يستوفي، كما لو كان عليه دين وله تركة [٦].

---

(١) ٤٠٩/٤.

(٢) ٢٣٩/٢.

(٣) ١٠/٤.

(٤) انظر : المبسوط ٥٦/٢٣ . فتح القدير ٩ ٤٩٢، البحر الرائق ٣٠١/٨.

(٥) ٤٩٢/٩.

(٦) انظر : المهذب ٢٣٩/٢.

أدلة القول الثاني :

استدل الحنفية لقولهم : بأن العقد يبطل بالموت ، وإنما كان لورثة العامل أن يعملوا دفعاً للضرر عنهم ، فإن أبوا عن العمل كان لرب الشجر الخيار : بين قسمة ما ظهر من الثمر ، أو إعطاء ورثة العامل قيمة حصة مورثهم منه ، أو القيام عليه حتى الإدراك ، ثم يرجع ينفقه ذلك في حصة العامل من الثمر ، لأنه ليس للعامل ولا لورثته أن يلحق الضرر بهم [١].

الراجح : الذي يظهر رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ، وذلك لأن الخلاف في هذه المسألة مبني على الخلاف في صفة المساقاة من حيث اللزوم والجواز ، وتقدم أن الصواب هو القول بلزوم عقد المساقاة ، وعليه : فإنه يستأجر من تركة العامل من يتمم العمل . هذا إن كانت له تركة ، فإن لم يكن له تركة فلرب الشجر أن يفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ ، كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه .

فإن فسخ نظرت ، فإن لم تظهر الثمرة فهي لرب الشجر ، لأن العقد قد زال قبل ظهورها وللعامل أجرة ما عمل . لأن العقد يقتضي العوض المسمى ، فإذا تعذر رجع في الأجرة ، وإن كان الفسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما ، لأنها حدثت على ملكيهما ، كالمضاربة إذا انفسخت بعد ظهور الربح .

---

(١) انظر : المبسوط ٥٦/٢٣ ، الاختيار ٨٠/٣.

المطلب الثالث

الرجوع بسبب فساد العقد

إذا فسدت المساقاة وعرف ذلك قبل العمل فسخ العقد ، ولا يترتب عليه أثر ، أما إذا لم يتبين ذلك إلا بعد قيام العامل بالعمل ، فإن الفقهاء قد اختلفوا في الآثار المترتبة على الفسخ بسبب الفساد في هذه الحالة على قولين :

القول الأول: أن الثمرة فيها لصاحب الشجر، وللعامل أجرة المثل .

وهو قول الحنفية(١)، ورواية عن مالك(٢) ، وقول الشافعية(٣) ، والحنابلة(٤)، والظاهرية (٥).

جاء في فتح القدير : " وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله " (٦)، وجاء في المقدمات الممهدات : " واختلف إذا فاتت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق عمله .. أحدها : أنه يرد إلى إجارة مثله من غير تفصيل " (٧).

القول الثاني : أن الثمرة لصاحب الشجر ، وترد إلى مساقاة المثل .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٨٣/٦ . تبين الحقائق ٢٨٥/٥ . فتح القدير ٤٩٢/٩، البحر الرائق ٣٠٠/٨ .

(٢) انظر : القوانين الفقهية ٢٤١ . المقدمات الممهدات ٥٥٧/٢ ، بداية المجتهد ١٣٩١/٤، مواهب الجليل ٤١٧/٧.

(٣) . انظر : المهذب ٢٣٩/٢ ، روضة الطالبين ٢٤٠/٤، مغني المحتاج ٤٣٨/٣.

(٤) انظر : المغني ٥٤٨/٧ ، الإنصاف ٤٧٦/٥ . البدع ٤٣/٥.

(٥) انظر : المحلى ٦٢/٧.

(٦) ٤٩٢/٩.

(٧) ٥٥٧/٢.

وهو قول مالك في رواية أصبغ وأشهب وابن الماجشون[١] [٢].

جاء في المقدمات الممهدات : " والثاني : أنه يرد إلى مساقاة مثله من غير تفصيل ، وعليه يأتي قول أصبغ . وهو على أصل ابن الماجشون وروايته عن مالك. وقول أشهب في القراض الفاسد " [٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : أن العامل يرد إلى أجرة المثل بما يلي :

الدليل الأول :

أن العامل عمل بعوض ، فلما لم يعلم له نصيب فإنه يرجع إلى البدل ، فيرجع إلى أجرة المثل ، وأما الثمرة فإنها لصاحب الملك لأنها نماء ملكه ، أما العامل فلا يستحق شيئاً من الثمر . لأن استحقاقه كان بالشرط ولم يصح ، فيكون له أجرة المثل [٤].

يناقش هذا الاستدلال : بأنه لا خلاف في أن الثمرة لصاحب الشجر وأن العامل لا يستحق منها شيئاً ، وإنما الخلاف في رد المساقاة إلى إجارة المثل ، فهذا غير صحيح ، وإنما ترد إلى مساقاة المثل ، لأنه يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح ، والواجب في الصحيح ليس هو أجرة مسماة ، بل هو جزء شائع من الثمرة .

---

(١) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون التيمي بالولاء . أصله من فارس ، والماجشون لقب جده أبي سلمة . كان فقيها مالكياً فصيحاً ، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة . وكان ضريرً ، أو عمى في آخر عمره . توفي سنة ٢١٢هـ . وقيل ٢١٤هـ . وقيل ٢٢٣هـ . انظر ترجمته : وفيات الأعيان (١٦٦/٣)، تذكرة الحفاظ (٢٢٢/١).

(٢) انظر : القوانين الفقهية ٢٤١. المقدمات الممهدات ٥٥٧/٢، بداية المجتهد ١٣٩١/٤، مواهب الجليل ٤١٧/٧.

(٣) ٥٥٧/٢ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢٨٣/٦. فتح القدير ٤٩٢/٩.

الدليل الثاني :

القياس على الإجارة بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة ، فإذا فسدت الإجارة رجع إلى أجرة المثل فكذا هنا [١] .

يناقش هذا الاستدلال : بأن الإجارة هنا لما فسدت رجع بها إلى إجارة المثل، لأنه يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح ، فلما كانت الأجرة مسماة في العقد الصحيح رد الفاسد إلى مثلها تحقيقاً للعدالة ، فلا طريق له إلا ذلك ، فيجب أن يقال مثل ذلك في المساقاة إذا فسدت فإنها ترد إلى مساقاة مثلها .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن المساقاة إذا فسدت ترد إلى مساقاة المثل : بأن الرد إلى مساقاة المثل هو العدل ، لأنه لو قيل بأجرة المثل فإنها قد تستغرق الثمرة جميعها وأضعافها أحياناً ، وفي هذا ظلم لا يخفى تنزه عنه الشريعة ، لذا كان مقتضى العدل أن ترد المساقاة الفاسدة إلى مساقاة المثل [٢].

الراجح : القول الراجح هو القول الثاني ، والذي يقضي بردِ المساقاة الفاسدة إلى مساقاة المثل لا إلى أجرة المثل ، لأنه يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح ، والواجب في الصحيح في عقد المساقاة ليس أجرة مسماة ، بل هو جزء شائع من الثمرة .

---

(١) انظر : فتح القدير ٤٩٢/٩.

(٢) انظر : مجموع الفتاوى ٨٤/٢٨ ـ ٨٥.

المبحث الثاني

الرجوع في المضاربة[١]

المطلب الأول

الرجوع في المضاربة بلا موجب

اتفق الفقهاء على أن المضاربة ـ قبل أن يشرع العامل في العمل ـ عقد جائز ، لكل واحد من العاقدين الرجوع فيه [٢]، أما بعد أن يشرع العامل في العمل ، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى استحقاق العاقدين الرجوع في العقد على قولين :

القول الأول : إن العقد ينفسخ برجوع أحد العاقدين ، ولو شرع المضارب في العمل .

وهو قول الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] .

---

(١) المضاربة لغة : أن تعطي إنسانا من مالك ليتجر فيه على أن يكون الربح بينكما على أن يكون له سهم معلوم من الربح ، وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق . ويطلق على كل واحد من رب المال ومن العامل مضارب لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه . والمضاربة لغة أهل العراق ، وأهل الحجاز يسمونها قراض .
انظر : تاج العروس ٢٥١/٣.
وفي الاصطلاح : " دفع مال وما في معناه معين معلوم قدره إلى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه" .
انظر : فتح القدير ٤٦٨/٨ . حاشية الخرشي ١٨١/٧، مغني المحتاج ٤١٣/٣، المغني ١٧١/٧.

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٦ ١٦٤ . فتح القدير ٤٦٩/٨، المقدمات الممهدات ١٩/٣، بداية المجتهد ١٣٧٢/٤، حاشية الخرشي ٧ ١٨٣، روضة الطالبين ٢١٨/٤، مغني المحتاج ٤١٥/٣، تكملة المجموع ١٩٨/١٤. المغني ٧ ١٧٢. الإنصاف ٤٤٩/٥.

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٦/ ١٦٤ . فتح القدير ٤٦٩/٨.

(٤) انظر : روضة الطالبين ٤ ٢١٨ . مغني المحتاج ٤١٥/٣ . تكملة المجموع ١٩٨/١٤

(٥) انظر : المغني ١٧٢/٧، الإنصاف ٥ ٤٤٩، المبدع ٣٢/٥.

جاء في بدائع الصنائع : " وأما صفة هذا العقد ، فهو عقد غير لازم . ولكل واحد منهما الفسخ " [١]، وجاء في مغني المحتاج : " والقراض جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه متى شاء " [٢]، وجاء في المغني : " والمضاربة من العقود الجائزة ، تنفسخ فسخ أحدهما .. ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده"[٣].

القول الثاني : إن العقد يلزم بعد شروع العامل في العمل ، فلا ينفسخ برجوع أحد العاقدين.

وهو قول المالكية [٤].

جاء في الشرح الكبير : ويكون لازماً من الطرفين إذا عمل المضارب بالمال"[٥].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون أن العقد ينفسخ برجوع أحد العاقدين فيه ـ وإن كان بعد شروع المضارب ـ بأن المضاربة عقد جائز ، فكان لكلا العاقدين الحق في فسخه والرجوع عنه ، سواء شرع المضارب في العمل أم لا ، إذ لا فرق بين ما قبل الشروع وما بعده ، كسائر العقود الجائزة [٦].

---

(١) ١٦٤/٦.

(٢) ٤١٥/٣.

(٣) ١٧٢/٧.

(٤) انظر : المقدمات الممهدات ١٩/٣. بداية المجتهد ١٣٧٢/٤، الشرح الكبير ٢٧٠/٥، حاشية الخرشي ١٨٣/٧.

(٥) ٢٧٠/٥

(٦) انظر : بدائع الصنائع ١٦٤/٦ . المغني١٧٢/٧.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : أن العقد لا ينفسخ بفسخ أحدهما بعد الشروع في العمل : بأن العقد في هذه الحالة لازم . لاننا لو لم نقل بلزومه ، وأعطينا رب المال الحق في فسخ العقد بعد أن شرع العامل في العمل ، ومكناه من استرجاع ماله الذي شغل في أبواب التجارات ، فإنه يترتب عليه ضرر غير محتمل على المضارب، ولربما تحمل من جراء تبعات هذا الفسخ خسائر كبيرة قد تزيد أحياناً على الربح الذي كان يقصده من إبرام هذا العقد ، ومعلوم أن الضرر الواقع يزال ، والمتوقع تفرض له الأمور الوقائية من وقوعه ، لاسيما إذا لم يكن ضرر على رب المال في الحكم بلزوم العقد في هذه الحالة ، من أجل ذلك فإن العقد لا ينفسخ برجوع رب المال عن العقد ، فلا يكون له حق في الرجوع [١].

يناقش هذا الاستدلال : بأن إقدام العاقد على عقد المضاربة مع علمه بعدم لزومه يتضمن الرضا بالفسخ وما يترتب عليه من آثار ، وما يلحق به من تبعات ، فالعاقد قد دخل العقد على بصيرة وعلم بأن له أن يرجع عن العقد متى شاء ، كما أن للعاقد الآخر أن يرجع عن العقد أيضاً . في حين أن الضرر المتوقع حصوله بفسخ رب المال العقد بعد شروع المضارب في العمل يرفع ، وذلك بإرجاع ما استحقه المضارب إلى مضاربة المثل ، وذلك مقابل ما قام به من عمل ، لأنه لم يعمل في مال المضاربة متبرعاً ، وإنما قاصد للربح ، فكان لابد من إعطائه حقه ، وهو بدل عمله ، وبهذا يتبين أن دعوى وقوع الضرر على المضارب نتيجة الفسخ دعوى غير صحيحة ، لذا فلا تصلح أن تكون دليلاً يتحول به العقد من الجواز إلى اللزوم .

---

(١) انظر : المنتقى ١٦٣/٥ . المقدمات ١٩/٣.

الراجـــح : الذي يبدو لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ، وهو أن عقد المضاربة عقد غير لازم بعد الشروع فيه ، وأن لكلا العاقدين الفســخ متـى شاء ، لكن إن فسخ رب المال العقد بعد أن شرع العامل في العمل فإنـه يـلزم بـأن يعطي العامل ما جرت به العادة أن يعطى مثله ، لا أن يعطـى أجـرة المثـل ، تحقيقـاً للعدل بمراعاة كلا الطرفين .

المطلب الثاني

الرجوع بسبب موت أحد العاقدين

إذا مات أحد العاقدين في المضاربة فإن ذلك لا يخلو من حالين : إما أن يكون قبل شروع المضارب في العمل أو بعده .

الحال الأولى : إذا كان الموت قبل شروع المضارب في العمل .

اتفق الفقهاء في هذه الحالة على انحلال العقد [١]، واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : القياس على الوكالة بجامع أن كليهما عقد جائز ، فكما أن الوكالة تنفسخ بموت أحد العاقدين فكذلك المضاربة [٢].

ثانياً : إن مال رب المال انتقل إلى ورثته بموته ، فلا يصح أن يتصرف في ماالهم الذي انتقل إليهم من مورثهم إلا بإذنهم [٣] .

الحال الثانية : إذا كان الموت بعد شروع المضارب في العمل .

اختلف الفقهاء في أثر موت أحد العاقدين في المضاربة بعد شروع المضارب في العمل على قولين :

القول الأول : إن العقد ينفسخ بموت أحد العاقدين .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦٦/٥ ، فتح القدير ٤٨٨/٨ ، البحر الرائق ٤٥٤/٧، القوانين الفقهية ٢٤٣، جواهر الإكليل ٢ ٢٥٦ ، حاشية الخرشي ١٨٤/٧ ، المهذب ٢٣٣/٢ ، روضة الطالبين ٢٢٠/٤ ، مغني المحتاج ٤١٥/٣ ، المغني ١٧٤/٧ ، الإنصاف ٤٥١/٥، المبدع ٣٤/٥ ، ٣٥، المحلى ٧ ٩٩.

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦٦/٥ ، فتح القدير ٤٨٨/٨ ، المغني ١٧٤/٧.

(٣) المصادر السابقة .

وهو قول الحنفية [١]، والشافعية [٢]، والحنابلة [٣].

جاء في بدائع الصنائع : " وتبطل بموت أحدهما " [٤]، وجاء في مغني المحتاج : وإن مات أحدهما .. انفسخ " [٥]. وجاء في المغني : " وأي المتقارضين مات انفسخ القراض " [٦].

القول الثاني : إن العقد لا ينفسخ بموت أحد العاقدين ، فينتقل الحق إلى وارثه .

وهو قول المالكية [٧].

جاء في المنتقى : " إن العامل إذا توفى بعد أن يشغل مال المضاربة بالشراء، فإن حق عمله فيه يكون موروثا . فليس لرب المال أن ينتزعه منهم بعد ذلك "[٨].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بانفساخ عقد المضاربة بموت أحد العاقدين : بأن المضاربة عقد جائز ، والعقود الجائزة تنفسخ بالموت [٩].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم انفساخ العقد بموت أحد العاقدين بما يلي:

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٦٦/٦ . تبيين الحقائق ٦٦/٥ ، فتح القدير ٤٨٨/٨ ، البحر الرائق ٤٥٤/٧.

(٢) انظر : المهذب ٢٣٣/٢ . روضة الطالبين ٤ ٢٢٠ . مغني المحتاج ٤١٥/٣.

(٣) انظر : المغني ١٧٤/٧ ، الإنصاف ٤١٥/٥ . المدع ٣٤/٥ .

(٤) ١٦٦/٦.

(٥) ٤١٥/٣.

(٦) ١٧٤/٧.

(٧) انظر : القوانين ٢٤٣ ، المنتقى ٥ ١٧٤ . جواهر الإكليل ٢٥٦/٢.

(٨) ١٧٤/٥.

(٩) انظر : تبيين الحقائق ٦٦/٥ . المهذب ٢ ٢٣٣ ، المغني ١٧٤/٧.

الدليل الأول :

أن العقد يلزم بشروع المضارب في العمل ، والعقد اللازم لا ينفسخ بالموت، فينتقل الحق إلى وارثه فيقوم مقامه في إتمام العمل [١].

يناقش هذا الاستدلال : بعدم التسليم بلزوم العقد في هذه الحالة ، وتقدم في المطلب الأول إبطال هذا القول ، وبيان أن الراجح هو القول بجواز العقد وعدم لزومه مطلقاً ، سواء شرع العامل في العمل أم لا .

الدليل الثاني :

إن الأخذ بهذا القول أخذ بأخف الضررين ، فإنه يترتب على القول بفسخ العقد ضرر على الورثة ، في حين أنه يترتب على القول بإبقائها ضرر على رب المال، ولا شك أن ضرر الورثة بالفسخ أشد ، وذلك لضياع حقهم في عمل مورثهم [٢].

يناقش هذا الاستدلال : بأنه لا ضرر بفسخه على المورث فضلاً عن الوارث، لأن إقدام العاقد علىعقد المضاربة مع علمه بعدم لزومه يتضمن الرضا بالفسخ ، فدخل على بصيرة وعلم ، فلا ضرر يلحق به بسبب فسخ العاقد الآخر العقد ، ولو سلمنا بوقوع الضرر ، فإنه يترتب عليه ـ أيضاً ـ ضرر على العاقد الآخر ، ومعلوم أن الضرر لا يزال بالضرر .

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ، لأن المضاربة عقد جائز ، فانفسخت بموت أحد العاقدين كسائر العقود الجائزة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه وبعد هذه المناقشة لم يقم ما يصلح أن يكون دليلاً للقول بعدم انفساخها بموت أحد العاقدين .لذا فإنه يثبت للمضاربة ما للعقود الجائزة من أحكام ، باعتبارها عقداً جائزاً ، ومن أحكام العقود الجائزة انفساخها

---

(١) انظر : المنتقى ٥/١٧٥ ، حاشية الخرشي ٧ ١٨٤.

(٢) المصدرين السابقين .

بموت أحد العاقدين ، فينفسخ عقد المضاربة بذلك ، ويرجع ورثة المضارب على رب المال بالمطالبة بما استحقه مورثهم من الربح مقابل عمله في ماله ، لأنه لم يعمل متبرعاً.

المطلب الثالث

الرجوع بسبب فساد العقد

تفسد المضاربة بفوات ركن من أركانها ، أو بتخلف شرط من شروط صحتها ، أو بتضمنها على شرط فاسد ينافي مقتضى العقد أو يعود بجهالة الربح ، ومتى فسدت المضاربة فإن العقد ينفسخ ، ويرجع رب المال على المضارب بماله ، أما العامل فيلزمه رد المال إلى صاحبه ، ولا شيء له على رب المال إن كان ذلك قبل الشروع في العمل . أما إن كان بعد الشروع في العمل ، فإن الفقهاء وإن كانوا قد اتفقوا على أن المضارب يجب له بدل عمله [١]. إلا أنهم اختلفوا في هذا البدل على قولين :

القول الأول : يستحق المضارب أجرة المثل ، سواء كان في المضاربة ربح أم لا .

وهو قول الحنفية [٢]. وقول للمالكية [٣]، وقول الشافعية [٤]، والمذهب عند الحنابلة [٥].

جاء في بدائع الصنائع :" ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى ، وإنما له أجرة مثل عمله ، سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن .." [٦]، وجاء في المنتقى :

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٦ ١٦٤ . فتح القدير ٤٧١/٨ . مجمع الأنهر ٤٤٤/٣، القوانين الفقهية ٢٤٣ ، حاشية الدسوقي ٥ ٢٨٥ . حاشية الخرشي ١٥٣/٧ ، المهذب ٢٣٣/٢ . روضة الطالبين ٢٠٥/٤ . مغني المحتاج ٤٠٨/٣، المغني ١٨٠/٧، الإنصاف ٤٢٩/٥، المبدع ٢١/٥.

(٢) انظر : المبسوط ٢٢ ١٥٣. بدائع الصنائع ١٦٤/٦، فتح القدير ٤٧١/٨.

(٣) انظر · القوانين الفقهية ٢٤٣ . المنتقى ١٥٩/٥ . حاشية الدسوقي ٢٨٥/٥.

(٤) انظر : المهذب ٢٣٣/٢. روضة الطالبين ٢٠٥/٤ . مغني المحتاج ٤٠٨/٣.

(٥) انظر : المغني ١٨٠/٧ . الشرح الكبير ٥ ١٣٧. الإنصاف ٤٢٩/٥، المبدع ٢١/٥.

(٦) ١٦٤/٦.

" .. وذلك أن القراض الفاسد اختلف فيه أصحابنا في الواجب به إذا فات .. وروى عن مالك : يرد في ذلك كله إلى أجرة المثل .." [١]، وجاء في مغني المحتاج: " وعليه للعامل أجرة مثل عمله ، وإن لم يكن ربح .." [٢]، وجاء في الشرح الكبير: فإذا فسدت المضاربة ، فسد الشرط ، فلم يستحق به شيئاً ، ولكن له أجر مثله ، نص عليه "[٣].

القول الثاني : يستحق المضارب مضاربة المثل ، فينظر إلى عادة وعرف المصر فيؤخذ له بالمثل كالنصف .

وهو قول أشهب وابن الماجشون من المالكية[٤]، وابن تيمية [٥].

جاء في المنتقى : وذلك أن القراض الفاسد اختلف أصحابنا في الواجب به إذا فات ، إنه يرد إلى قراض المثل ، وبه قال أشهب وابن الماجشون " [٦]، وجاء في مجموع الفتاوى : " يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل ، لا أجرة المثل ، فيعطى العامل ماجرت به العادة أن يعطاه إما نصفه وإما ثلثه .." [٧].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : إن المضارب يستحق في المضاربة الفاسدة أجرة المثل بمايلي:

---

(١) ٥/١٥٩.

(٢) ٣/٤٠٨.

(٣) ٥/١٣٧.

(٤) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٤٣ ، المنتقى ٥/١٥٩ ، حاشية الدسوقي ٥/٢٨٥.

(٥) انظر مجموع الفتاوى ٣٠/٨٥.

(٦) ٥.١٥٩.

(٧) ٢٠ ٥٠٩ .

الدليل الأول :

إن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة ، والأجير لا يستحق المسمى في الإجارة الفاسدة ، وإنماي ستحق أجرة المثل ، لأن أجرة الأجير تجب بتسليم المنافع أو العمل ، وقد وجد من العامل هنا . وكون الربح لرب المال ، لأنه نماء ملكه . وإنما يستحق المضارب جزءا منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال [١].

يناقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه :

الأول : إن القول : بأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة غير صحيح ، لاختلافهما في المقصود والأحكام .. الخ . فالمضاربة من حيث المشاركات بخلاف الإجارة فإنها من جنس المعاوضات المحضة ، ويغتفر فيها ما لا يغتفر في الإجارة ، فكان إلحاقها بها غير صحيح .

الثاني : أن الأصل في العقود الفاسدة أن ترد إلى الصحيح منها لا إلى الصحيح من غيرها ، فكما أنه يرد في الإجارة الفاسدة إلى أجرة المثل ، فكذا هنا ينبغي أن يرد إلى مضاربة المثل .

الثالث : أن الربح وإن كان نماء للمال فإن للعمل فيه أثر ، إذ النماء حاصل بالمال والعمل معاً لا بالمال وحده ، فوجب أن يكون للعامل نصيب منه .

الدليل الثالث :

إن العامل دخل في العقد على أنه يستحق عوض على عمله من الربح لا على أنه متطوع ، فإذا لم يسلم له ما شرطه لفساد العقد وجب رد منافعه عليه ، لأنه لم يحصل له ما شرط به ، كالبيع إذا وقع فاسداً ولم يستحق الثمن على المشتري ، فإن له رد المبيع إن كان قائماً أو قيمته إن كان قد تلف ولا يجب الثمن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٦٤/٦، المغني ٢٨١/٧.

المتفق عليه ، وكذا في الإجارة ، ولما كان رد منافعه عليه متعذراً وجبت قيمتها وهي أجرة المثل [١].

يناقش هذا الاستدلال : بأننا نسلم بهذه المقدمة وهو أن المضارب إنما دخل في العقد بقصد الربح والحصول على العوض لا بقصد التبرع ، لكننا نختلف في النتيجة ، والحق أن العقد الفاسد يرد إلى صحيحه ، ففي البيع الفاسد عندما تفوت العين يرجع إلى القيمة لا إلى الثمن الذي اتفقا عليه في العقد ، وفي الإجارة الفاسدة يرد إلى أجرة المثل ، فكذا هنا يرد إلى مضاربة المثل ، تحقيقاً للعدل كما سيأتي .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : إن المضارب يستحق مضاربة المثل إن كان فيها ربحاً ، وإلا فلا شيء له بما يلي :

الدليل الأول :

إن الأصول موضوعة على أن شبهة كل عقد فاسد مردودة إلى صحيحه كالبيع والإجارة والنكاح وغيرها فكذلك المضاربة ، وليس في الأصول عقد يرد فاسده إلى صحيح غيره أو فاسده . فحكم العقد الفاسد يؤخذ من حكم صحيحه. وهي قاعدة في سائر العقود [٢].

الدليل الثاني :

إن العامل دخل على مثل ما دخل عليه رب المال رجاء الفضل ونماء المال لا على أن يأخذ أحدهما مما سوى ذلك من مال الآخر ، ولذلك إن كان في المال

---

(١) انظر : المغني ٢٨١/٧.

(٢) انظر : مجموع الفتاوى ٨٥/٣٠.

خسران لم يؤخذ جبرانه من مال العامل ، فكذلك إن لم يكن ربح لا يستحق العامل شيئاً على رب المال مع الفساد ، لأن جهة الاستحقاق لم تحصل به [١].

الدليل الثالث :

إن المضاربة مشاركة وهي آصل من المؤاجرة ، وأقرب إلى العدل والأصول، فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم بخلاف المؤاجرة ، فإن المستأجر يسلم الأجرة ، وقد يحصل له وقد لا يحصل ، فكان الرد إلى مضاربة المثل أقرب إلى العدل[٢].

الدليل الرابع :

إن في رده إلى أجرة المثل إجحافاً للمالك ـــ رب المال ـ ، لأن العامل قد يعمل مدة طويلة ، فلو أعطى أجرة المثل لأعطى أضعاف رأس المال ، وهو في الصحيح لا يستحق إلا جزءاً من الربح ، هذا إن كان هناك ربح ، أما إذا لم يكن فيها ربح فلا شيء له ، فإذا كان الأمر كذلك كيف يستحق في الفاسدة أضعاف ما يستحق في الصحيحة [٣].

- الراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هوالقول الثاني : بأن المضارب يرد في المضاربة الفاسدة إلى مضاربة المثل ، فينظر إلى عرف ذلك البلد فيما يعطاه المضارب كالنصف والثلث ونحوهما ، لأنه يجب في الفاسد نظير ما يجب في الصحيح ، والذي يجب في المضاربة الصحيحة إنما هوجزء معلوم من الربح كالنصف مثلاً ، وليس أجرة مسماة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الرد إلى أجرة المثل فيه ضرر بكلا الطرفين ، أما رب المال فلأن العامل ربما يعمل مدة طويلة قد لا يكون فيها ربح ، فلو أعطى مقابل عمله أجرة المثل لربما استوعب

---

(١) انظر : مجموع الفتاوى ٨٥/٣٠ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) انظر : المصدر السابق .

ذلك رأس المال وأضعافه ، وفي هذا ضرر على رب المال ، أما العامل فلأنه قد يعمل في المال مدة قصيرة يحصل فيها على ربح كثير ، فلو رد إلى أجرة المثل لأدى ذلك إلى فوات حقه من الربح الذي ربما يزيد على أضعاف أجرة المثل ، لذا فإن الأقرب إلى العدل أن ترد المضاربة الفاسدة إلى المضاربة الصحيحة ، فيستحق المضارب فيها نظير ما يستحق في الصحيحة .

الفصل الثالث

الرجوع في الوكالة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع في الوكالة بلا موجب واشتراط العلم فيه .

المبحث الثاني : الرجوع بموت أحد العاقدين .

المبحث الثالث : الرجوع بتعدي الوكيل .

الفصل الثالث

الرجوع في عقد الوكالة

المبحث الأول

الرجوع في الوكالة [١] بلا موجب

واشتراط العلم فيه

المطلب الأول

الرجوع في الوكالة بلا موجب

اتفق الفقهاء على أن الأصل في عقد الوكالة الجواز ، وأن لكل من العاقدين ـ الموكل والوكيل ـ مطلق الحرية في استمرار العقد أو فسخه والرجوع عنه [٢].

---

(١) الوكالة في اللغة : الواو والكاف واللام أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك ، والوَكَل : الذي يكل أمره إلى غيره . ووكيل الرجل : الذي يقوم بأمره ، سمي وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره، فهو موكول إليه الأمر . والاسم منه : الوَكالة والوِكالة .
انظر : لسان العرب مادة (وكل) (٤٩١٠/٧) ، مقاييس اللغة مادة (وكل) (١٣٦/٦).
وفي الاصطلاح : استنابه جائز التصرف مثله ، فيما تدخله النيابة .
انظر : بدائع الصنائع (١٩/٦)، الشرح الصغير (٤٦١/٥) ، كفاية الأخيار (٥٣٦/١)، حاشية ابن قاسم (٢٠٣/٥).

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٥٦/٦ ، فتح القدير ١٤٣/٨ ، البحر الرائق ١٧/٧؛ ٣٠ ، حاشية ابن عابدين ٤١٦/٤، المقدمات الممهدات ٥٨/٣ ، بداية المجتهد ١٤٨٣/٤ ، القوانين الفقهية ٢٨١ ، مواهب الجليل ٢١٤/٧، حاشية الخرشي ٤٢٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٨٣/٥ ، المهذب ١٧٧/٢ ، روضة الطالبين ٥٥٨/٣ ، مغني المحتاج ٢٥٧/٣ ، نهاية المحتاج ٥٢/٥ ، المغني ٢٣٤/٧ ، الإنصاف ٣٦٨/٥ ، المبدع ٣٦٢/٤ ، حاشية ابن قاسم ٢١٤/٥ ، الإفصاح ١٤٤/٦ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٢٠/٣٣ .

جاء في بدائع الصنائع :" الوكالة عقد غير لازم، فكان محتملاً للفسخ " [١].

وجاء في بداية المجتهد : "وليست هي من العقود اللازمة ، بل الجائزة " [٢]. وجاء في روضة الطالبين :" الحكم الرابع : الجواز من الجانبين ، فلكل واحد منهما العزل " [٣]. وجاء في الإنصاف :" الوكالة عقد جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه ، بلا نزاع " [٤].

واستدل الفقهاء على ما ذهبوا إليه من القول بعدم لزوم عقد الوكالة بما يلي:

الدليل الأول : أن الوكالة حق للموكل ، فله أن يبطل حقه في أي وقت شاء[٥].

الدليل الثاني : أن الموكل قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه ، أو يرغب في توكيل شخص آخر ، وإلزامه بالوكالة مضر به ، والضرر مدفوع شرعاً[٦].

الدليل الثالث : أن الوكيل قد لا يتفرغ للعمل الذي وكل فيه ، ويرغب في فسخ عقد الوكالة ، وإلزامه به مضر [٧].

---

(١) ٥٦/٦ .

(٢) ١٤٨٣/٤ .

(٣) ٥٥٨/٣ .

(٤) ٣٦٨/٥ .

(٥) انظر : فتح القدير ١٤٤/٨ .

(٦) انظر . نهاية المحتاج ٥٢/٥ .

(٧) انظر : المبدع ٣٦٢/٤ .

الدليل الرابع : أن الوكالة من جهة الموكل إذن في التصرف ، ومن جهة الوكيل بذل نفع للموكل ، وكلاهما غير لازم من الطرفين ، لا الإذن في الوكالة ، ولا بذل النفع بها للموكل [١].

وما تقدم مبني على أن الأصل في عقد الوكالة الجواز ، ولكنه قد يطرأ على الوكالة اللزوم في مسائل :

الأولى : إذا تعلق بالوكالة حق الغير . فإن الوكالة وقتئذ تلزم الطرفين، وذلك لتضرر الغير بفسخها . وقد مثل لها الحنفية بأمثلة كثيرة ، منها : ما ذكره الكاساني في بدائع الصنائع حيث قال : "كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه، أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً عليه (على بيعه) وقبض ثمنه عند حل الأجل، فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله، لأن فيه إبطال حق الغير" [٢].

الثانية : إذا طلب المدعي من المدعى عليه أن يوكل عنه وكيلاً يخاصمه خلال غيبته ـ الموكل ـ فليس له حينئذ عزل الوكيل ، لأن المدعي يتضرر لاختفاء المدعى عليه ، وقد شرطوا لها شرطين :

الأول : أن يكون التوكيل بطلب من الخصم .

الثاني : أن تكون الوكالة خلال غيبة المطلوب [٣].

الثالثة : إذا كان وكيلاً في خصومة وجلس مع خصم موكله عند القاضي عدة مجالس، وانعقدت الخصومة ، فإن الموكل لا يملك عزل وكيله ، والوكيل لا يقبل فسخه للوكالة .

---

(١) انظر : المهذب ١٧٧/٢ . المبدع ٤ ٣٦٢ ، حاشية ابن قاسم ٢١٤/٥ .

(٢) ٦ ٥٧ ، وانظر : البحر الرائق ٧ ٣١٨ ، فتح القدير ١٤٤/٨ .

(٣) انظر : البحر الرائق ٣١٨/٧ ، فتح القدير ١٤٤/٨ ، حاشية ابن عابدين ٤١٦/٤ .

جاء في حاشية الدسوقي :" وكيل الخصام إذا قاعد خصم الموكل كثلاثة فإنه لا ينعزل بعزل الموكل له، سواء عزله في غيبته أو في حضرته " [١].

والعلة في الإلزام واضحة، بحيث إن عزل الموكل لوكيله بعد عدة جلسات يزيد في وقت الخصومة، ويؤخر البت في الحكم ، كما أن فيه إزعاجاً للقاضي وتشتيتاً لذهنه ، كما أن هذا التصرف يشعر أن الموكل متلاعب ومتهاون في حقوق الناس ، فكان من المناسب أن يسلب منه حق الفسخ الثابت له بطبيعة العقد.

الرابعة : إذا وقعت على صفة الإجارة ، بأن شرط فيها عوضاً معلوماً . واجتمعت شرائط الإجارة ، فإنها تكون لازمة ، لأن الإجارة عقد لازم .

جاء في القوانين الفقهية :" إن كانت بأجرة فحكمها حكم الإجارات" [٢].

ووجه الإلزام : أن الموكل قد بذل ماله للوكيل، على أن يقوم بالوكالة عنه في عمل من الأعمال ، والوكيل قد استعد للعمل مقابل الأجرة ، فلو قيل : لهما الفسخ لتضررا ، وبيانه : أن الوكيل يحرم من تمام الأجرة التي عمل لأجلها . والموكل لم يتم العمل الذي بذل ماله لإنجازه [٣].

الخامسة : إذا وقعت على صفة الجعالة ، فإنها تلزم بشروع الوكيل في العمل ، وقبله لا تلزم .

---

(١) ٨٣/٥ ، وانظر : المقدمات ٥٩/٢ .

(٢) القوانين ٢٨١ ، وانظر : حاشية الخرشي ٤٢٦/٦ . روضة الطالبين ٥٦٠/٣ ، مغني المحتاج ٢٥٧/٣ .

(٣) المصادر السابقة .

قال الدسوقي[١] من المالكية :" وفي الوكالة الواقعة على وجه الجعالة لا تلزم واحداً منهما قبل الشروع . وتلزم الجاعل وهو الموكل بالشروع ، وأما المجعول لـه وهو الوكيل فلا تلزمه""[٢].

السادسة : إذا ترتب على عزل الوكيل نفسه مفسـدة كضيـاع المـال . أو استيلاء حاكم جائر عليه ، وكان الموكل غائباً ، فإن الوكالـة حينئـذ تـلزم في حـق الوكيل إلى حين حضور الموكل [٣].

---

(١) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، فقيه مالكي من علماء العربية والفقـه ، مـن أهـل دسـوق بمصر ، درس بالأزهر . له مصنفات ، منها : حاشية على الشرح الكبـير ، وحاشـية علـى شـرح السنوسي ، توفي سنة ١٢٣٠هـ انظر ترجمته : شجرة النور الزكية ٣٦١ ، الأعلام ٢٤٢/٦.

(٢) ٨٣/٥ ، وانظر : حاشية الخرشي ٤٢٦/٦ ، مواهب الجليل ٢١٤/٧ ، والمعنى أنها تأخد حكم الجعالة من كل وجه .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ٥٢/٥ .

المطلب الثاني

فى اشتراط العلم في الرجوع

الفرع الأول

في اشتراط علم الوكيل برجوع الموكل

تقدم أن الوكالة عقد جائز ، فيكون للموكل أن يعزل وكيله عما وكله فيه في أي وقت شاء ، ولا يشترط لذلك رضا الوكيل ، لأن الوكالة عقد غير لازم فكان له حله وفسخه متى شاء .

ولكن هذا مقيد بما إذا علم الوكيل بذلك ، أما إذا لم يعلم بالعزل فإن الفقهاء قد اختلفوا في صحة عزله على قولين :

القول الأول : إن العزل لا يصح إلا بعد علم الوكيل .

وهو قول الحنفية [١]. والراجح عند المالكية [٢]، ورواية عند الشافعية [٣]. ورواية للحنابلة صوبها المرداوي [٤][٥] وهو مذهب الظاهرية [٦].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥٦/٦ . فتح القدير ١٤٥/٨ ، البحر الرائق ٣٢٠/٧ .

(٢) انظر : القوانين الفقهية ٢٨١ ، مواهب الجليل ٢١٢/٧ ، حاشية الخرشي ٤٢٦/٦ ، جواهر الإكليل ١٩٧/٢ .

(٣) انظر : المهذب ١٧٧/٢ . روضة الطالبين ٥٥٨/٣ ، مغني المحتاج ٢٥٧/٣ ، نهاية المحتاج ٥٣/٥ .

(٤) هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوي نسبة إلى مردا إحدى قرى نابلس بفلسطين . شيخ المذهب الحنبلي . كان فقيهاً حافظاً لفروع المذهب . ولد بمردا ونشأ بها ثم انتقل إلى دمشق وتعلم بها . وانتقل إلى القاهرة ثم مكة . له مصنفات عديدة ، منها : الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، والتنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع . توفي سنة ٨٨٥هـ . انظر ترجمته : الضوء اللامع ٣٢٥/٥ ، الاعلام ١٠٤/٥.

(٥) انظر : المغني ٢٣٤/٧ ، الإنصاف ٣٧٢/٥ ، المبدع ٣٦٥/٤ .

(٦) انظر : المحلى ٩٣/٧ .

جاء في بدائع الصنائع : "ولصحة العزل شرطان ؛ أحدهما: علم الوكيل به"[١]. وجاء في الشرح الكبير : "وفي عزله ــ أي الوكيل ــ بعزل الموكل ، ولم يعلم الوكيل بذلك وعدم عزله حتى يعلم به، وهو الراجح خلاف " [٢]. وجاء في المهذب : "إن لم يعلم ففيه قولان : لا ينعزل ؛ لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي، كأمر صاحب الشرع" [٣]. وجاء في الإنصاف :" وهل ينعزل الوكيل قبل علمه، على روايتين ؛ إحداهما : ينعزل ..... والرواية الثانية : لا ينعزل " [٤]. وجاء في المحلى : " وأما كل ما فعل مما أمره به الموكل من حين عزله إلى حين بلوغ الخبر إليه فهو نافذ، طالت المدة بين ذلك أم قصرت " [٥].

القول الثاني : إن العزل يصح، وإن لم يعلم به الوكيل .

وهو قول للمالكية[٦]، والأظهر عند الشافعية [٧]، والمذهب عند الحنابلة[٨].

جاء في مواهب الجليل : قال ابن القاسم : ينعزل الوكيل بنفس عزله . قال اللخمي[٩] : وهو ظاهر المذهب .. " [١٠]. وجاء في روضة الطالبين : "قولان :

---

(١) ٥٦/٦ .

(٢) ٨٢/٥ .

(٣) ١٧٧/٢ .

(٤) ٣٧٢/٥ .

(٥) ٩٣/٧ .

(٦) انظر : مواهب الجليل ٢١٢/٧ . جواهر الإكليل ١٩٧/٢ ، حاشية الدسوقي ٨٢/٥ .

(٧) انظر : المهذب ١٧٧/٢ ، روضة الطالبين ٥٥٨/٣ .

(٨) انظر : المغني ٢٣٤/٧ ، الإنصاف ٣٧٢/٥ .

(٩) هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي ، فقيه مالكي ، قيرواني الأصل ، له معرفة بالأدب والحديث ، نزل سفاقس وتوفي بها ، له مؤلفات ، منها : التبصرة . توفي سنة ٤٧٨هـ . انظر ترجمته : شجرة النور الزكية ١١٧ ، الاعلام (١٤٨/٥).

(١٠) ٢١٢/٧ . وانظر : حاشية الخرشي ٤٢٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٨٢/٥ ، وقال الدسوقي ٨٢/٥ : "وهذا القول مقيد بما إذا أشهد الموكل على عزله ، وكان عدم إعلامه بذلك لعذر =

أظهرهما ينعزل "[١]. وجاء في الإنصاف :" وهل ينعزل بعزل موكله ؟ روايتان ؛ إحداهما : ينعزل، وهو المذهب "[٢].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بعدم صحة العزل قبل بلوغ العلم بما يلي:

الدليل الأول : أن الوكيل يتصرف في ملك الموكل بأمر منه ، فلا يسقط هذا الأمر إلا بالعلم بالنهي عنه ، كأمر صاحب الشرع؛ إذ لا يثبت النسخ في حق المكلف إلا بعد بلوغ الخبر [٣].

نوقش : بأن هذا يفارق النسخ ، لأن النسخ بمقتضى أمر الشارع ، وأمر الشارع يتضمن المعصية بتركه . ولا يكون عاصياً من غير علمه ، والعزل يتضمن إبطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم [٤].

الدليل الثاني : إن القول بانعزاله قبل العلم إضرار به ؛ لأنه قد يتصرف بعد العزل وقبل علمه، فيلزمه الضمان ، فيتضرر بذلك الوكيل ومن يتعامل معه[٥].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بصحة عزل الوكيل وإن لم يعلم بالعزل بما يلي :

= كبعده ، فإن ترك إعلامه لغير عذر مطلقاً ، أي : أشهد بعزله أم لا ، أو ترك إعلامه لعذر ولم يشهد به مضى تصرفه اتفاقا ".

(١) ٥٥٨/٣ .

(٢) ٣٧٢/٥ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٥٦/٦ . المهذب ١٧٧/٢ ، المغني ٢٣٤/٧ ، المبدع ٣٦٥/٤ .

(٤) انظر : المغني ٢٣٤/٧

(٥) انظر : فتح القدير ١٤٥/٨ . المغني ٢٣٤/٧ . حاشية ابن قاسم ٢١٥/٥ .

الدليل الأول : إن كل عقد جاز رفعه بغير رضا صاحبه جاز له رفعه بغير علمه، كالطلاق والعتاق [١].

يناقش هذا الاستدلال: بأنه إذا كان يجوز العتاق بغير رضا العبد ولا يفتقر إلى علمه ، فكذلك النكاح يجوز رفعه بالطلاق بغير علم المطلقة ، فإن مثل هذه العقود لا يترتب عليها ضرر ، بخلاف الوكيل الذي يبيع ويشتري ويتصرف في ملك موكله بناء على عقد الوكالة فيتضرر بالعزل ، ويتضرر معه من له تعلق بالعقد ، فلا يصح أن يلحق بما فيه ضرر على ما لا ضرر فيه .

الراجح : الذي يبدو لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول، الحاكم بأن الوكيل لا ينعزل إلا بعد علمه بالعزل ، لوجاهة ما استدلوا به ، ولمناقشة دليل المخالفين ، لأن القول بعزل الوكيل قبل علمه فيه ضرر عليه، بل وعلى من يتعامل معه من حيث إبطال ولايته ، فإن في إبطال ولايته تكذيباً له ، لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة ، وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل ، وتكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة .

ويعتبر ذلك أيضاً ضررا من حيث رجوع الحقوق إلى الوكيل ، فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه ، فينقد من مال الموكل إن كان وكيلاً بالشراء، ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع ، فلو كان معزولاً قبل العلم فإنه سيضمن ما نقده وما سلم . فيتضرر به ، والضرر مدفوع شرعاً . ثم إن اعتبار القول بعزله قبل علمه يؤدي إلى إعراض كثير من الناس عن قبول الوكالات ، لذا اتضح وجاهة القول بعدم صحة عزله قبل علمه.

---

(١) انظر : المهذب ١٧٧/٢ . مغني المحتاج ٢٥٧/٣ ، المغني ٢٣٤/٧ ، المبدع ٣٦٥/٤ .

الفرع الثاني

في اشتراط علم الموكل برجوع الوكيل

اتفق الفقهاء على أن الوكيل إذا عزل نفسه بعلم الموكل أو بحضرته أنه ينعزل بذلك [١].

واختلفوا في صحة انعزاله إذا عزل نفسه، ولم يعلم الموكل بعزله نفسه عن الوكالة على قولين :

القول الأول : إنه يصح أن يعزل الوكيل نفسه مطلقاً ، سواء علم الموكل أم لا .

وهو قول المالكية [٢]، والشافعية [٣]، والحنابلة [٤].

أما المالكية فبناء على أن عقد الوكالة عقد جائز عندهم ، وأن لكل منهما فسخه مطلقاً، إلا ما عرف من الخلاف عندهم في اشتراط علم الوكيل بالعزل إذا عزله الموكل [٥]. وأما الشافعية فقد جاء في روضة الطالبين : " إذا قال الوكيل : عزلت نفسي، أو أخرجتها عن الوكالة، أو رددتها انعزل قطعاً ، كذا قاله الأصحاب» [٦]، وأما الحنابلة فقد جاء في المغني : " وللوكيل عزل نفسه" [٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥٦/٦ .فتح القدير ٤٣/٨ ،البحر الرائق ٣١٧/٧ ، المقدمات الممهدات ٥٨/٢ ، بداية المجتهد ١٤٨٣/٤ . القوانين الفقهية ٢٨١ ، مواهب الجليل ٢١٤/٧ . المهذب ١٧٧/٢ ، روضة الطالبين ٥٥٨/٣، مغني المحتاج٢٥٧/٣، نهاية المحتاج٥٢/٥، المغني ٢٣٤/٧ . الإنصاف ٣٦٨/٥ ، المبدع ٣٦٢/٤ .

(٢) انظر : مواهب الجليل ٢١٤/٧ . حاشية الخرشي ٤٢٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٨٣/٥ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٣ ٥٥٨ . مغني المحتاج ٢٥٨/٣ ، نهاية المحتاج ٥٥/٥ .

(٤) انظر : المغني ٢٣٤/٧ .

(٥) انظر : مواهب الجليل ٢١٤/٧ . حاشية الخرشي ٤٢٦/٦ .

(٦) ٥٥٨/٣ .

(٧) انظر . المغني ٢٣٤/٧ .

القول الثاني : لا يصح أن يعزل الوكيل نفسه إلا بعد علم الموكل بذلك.

وهو قول الحنفية (١).

جاء في فتح القدير : " وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل،ولا يخرج عن الوكالة " (٢).

أدلة القول الأول : استدل القائلون بصحة عزل الوكيل نفسه وإن لم يعلم بذلك الموكل بما يلي :

الدليل الأول : إن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، فكان للوكيل عزل نفسه متى شاء (٣).

يناقش : بأنه لا خلاف في أن الأصل في عقد الوكالة الجواز ، وإنما الخلاف في قدر زائد ، وهو خروج الوكيل عن العقد دون علم الموكل ، الذي من شأنه أن يوقع الموكل في الضرر المدفوع شرعاً ، فالاستدلال بهذا الدليل في غير محل النزاع.

الدليل الثاني : إن الوكالة عقد لا يحتاج رفعه إلى رضا الطرف الآخر . فلا يحتاج فيه إلى العلم كالطلاق والعتاق (٤).

يناقش : بأن هذه العقود لا يترتب على عدم العلم برفعها ضرر بخلاف الوكالة .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون باشتراط علم الموكل لصحة عزل الوكيل نفسه بما يلي :

---

(١) انظر : فتح القدير ١٤٦/٨ ، حاشية ابن عابدين ٤١٦/٤ .

(٢) ١٤٦/٨ .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٢٥٨/٣ ، نهاية المحتاج ٥٥/٣ .

(٤) المصدرين السابقين .

الدليل الأول : إن عقد الوكالة قد تم بين الموكل والوكيل ، وتعلق به حق كل منهما ، ففي إبطاله من قبل أحدهما بدون علم الآخر إضرار به [١].

الدليل الثاني : إن الوكيل يتصرف بإذن الموكل ، فلا يرد أمره بغير حضرته ، كالمودع في رد الوديعة [٢].

والراجح : هو القول الثاني : بأن عزل الوكيل نفسه دون علم الموكل بذلك لا يصح ، وذلك لقوة أدلته ، ومناقشة أدلة القول الأول . ولأن في عزله نفسه دون علم الموكل إضراراً به ، والضرر يزال .

---

(١) انظر : فتح القدير ١٤٦/٨ .

(٢) انظر : المغني ٢٣٥/٧ .

المبحث الثاني

الرجوع بموت أحد العاقدين

اتفق الفقهاء على أن عقد الوكالة ينحل بموت أحد العاقدين، سواء كان الوكيل أم الموكل، وهذا فيما إذا علم الآخر بموته [١]، وذلك لما يلي :

أولاً : إن المال انتقل إلى الورثة بعد موت الموكل، والورثة لم يوكلوه، فلم يكن له أن يتصرف في مالهم [٢].

ثانياً : إن الحياة شرط لانعقاد الوكالة، فيكون عدمها سبباً لانحلال العقد؛ لأن الوكالة من العقود الجائزة التي يشترط لبقائها ما يشترط لابتدائها [٣].

ثالثاً : إن التوكيل كان بأمر الموكل، وقد بطلت أهلية الآمر بالموت، فتبطل الوكالة [٤].

أما إذا لم يعلم بموته فإن الفقهاء اختلفوا في انحلال عقد الوكالة بذلك على قولين :

القول الأول : إن العقد ينحل بموت أحد العاقدين مطلقاً، سواء علم الآخر أم لم يعلم.

وهو قول الحنفية [٥]، وقول للمالكية [٦]، وقول الشافعية [٧]، والمذهب

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥٧/٦ . فتح القدير ١٤٦/٨ ، البحر الرائق ٣٢٠/٧ ، حاشية ابن عابدين ٤١٧/٤، القوانين الفقهية ٢٨١ . حاشية الخرشي ٤٢٥/٦ ، روضة الطالبين ٥٥٨/٣، مغني المحتاج ٢٥٨/٣ . نهاية المحتاج ٥٥/٥ ، المغني ٢٣٤/٧ ، المحلى ٩٤/٧ .

(٢) انظر : حاشية الخرشي ٤٢٥/٦ . المحلى ٩٤/٧ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٢٨٨/٤ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٥٨/٦ ، المغني ٤٣٥/٧ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ٥٧/٦ . فتح القدير ١٤٦/٨ .

(٦) انظر : القوانين الفقهية ٢٨١ . المقدمات ٥٣/٣ ، حاشية الخرشي ٤٢٥/٦ .

(٧) انظر : روضة الطالبين ٥٥٨/٣ . مغني المحتاج ٢٥٨/٣ .

عند الحنابلة [١]، وقول الظاهرية [٢].

جاء في بدائع الصنائع :" تبطل الوكالة بموت الموكل علم الوكيل بموته أم لا، وتبطل بموت الوكيل ..." [٣]. وجاء في المقدمات: " هل ينعزل بنفس الموت.. ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا يشترط العلم وينعزل بنفس الموت .. وهو قول ابن القاسم " [٤]. وجاء في مغني المحتاج :" وينعزل بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت ... قال في المطلب : والصواب أن الموت ليس بعزل بل تنتهي الوكالة به كالنكاح " [٥]. وفي الإنصاف : " هل ينعزل الوكيل بالموت قبل علمه روايتان : إحداهما : ينعزل وهو المذهب ، قال في الفروع : اختاره الأكثر . وقال تقي الدين: هذا أشهر " [٦]. وجاء في المحلى : " والوكالة تبطل بموت الموكل بلغ ذلك إلى الوكيل أو لم يبلغ ..." [٧].

القول الثاني . إن العقد لا ينحل بموت أحد العاقدين فلا ينعزل أحدهما إلا بعد العلم .

وهو الراجح عند المالكية [٨]، ورواية للحنابلة صوبها المرداوي [٩].

---

(١) انظر : المغني ٢٣٤/٧ ، الانصاف ٣٧٢/٥ ، المبدع ٣٦٥/٤ ، حاشية ابن قاسم ٢١٤/٥ .

(٢) انظر : المحلى ٩٤/٧ .

(٣) ٥٧/٦ .

(٤) ٥٣/٣ .

(٥) ٢٥٨/٣ .

(٦) ٣٧٢/٥ .

(٧) ٩٤/٧ .

(٨) انظر : المقدمات ٥٣/٣ . بداية المجتهد ١٤٨٤/٤ ، حاشية الخرشي ٤٢٥/٦ ، حاشية الدسوقي ٨٢/٥.

(٩) انظر : الإنصاف ٣٧٢/٥ ، المبدع ٣٦٥/٤ .

جاء في حاشية الدسوقي :" وإن لم يعلم بالموت فتأويلان : في عزله بمجرد الموت ، أو حتى يبلغه وهو الأرجح " [١]. وفي مواهب الجليل :" رجح ابن رشد القول بعدم العزل قبل بلوغ العلم " [٢]. وجاء في الإنصاف :" الرواية الثانية : لا ينعزل . نص عليها في رواية ابن منصور . قلت : وهو الصواب"[٣].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بانحلال العقد بمجرد موت أحد العاقدين بما يلي :

الدليل الأول : إن كل عقد جاز رفعه بغير رضا صاحبه جاز له رفعه بغير علمه كالطلاق [٤].

يناقش: بأنه مع الفارق . حيث إن الطلاق والعتاق ونحوهما لا يترتب على عدم العلم بهما ضرر ، بخلاف عقد الوكالة فإن الضرر متحقق مع عدم العلم ، وقد تقدم بيان وجه الضرر الواقع على الموكل والوكيل بسبب ذلك .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن العاقد الآخر لا ينعزل بمجرد الموت، بل لابد من بلوغ العلم إليه لصحة انعزاله ، بما يلي :

الدليل الأول : إن كان الميت هو الموكل فإن الوكيل لا ينعزل قبل علمه بموته ، لأن الوكيل إنما كان تصرفه بإذن الموكل وأمره ، وهذا بمنزلة الحكم الشرعي المنسوخ، إذ لا يثبت النسخ في حق المكلف إلا بعد بلوغ الخبر [٥].

وتقدمت مناقشة هذا الدليل [٦].

---

(١) ٨٢/٥ .

(٢) ٢١٢/٧ .

(٣) ٣٧٢/٥ .

(٤) انظر : المهذب ١٧٧/٢ ، المغنى ٢٣٤/٧ ، المبدع ٣٦٥/٤ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ٦ ٥٦ ، المهذب ٢ ١٧٧ ، المغني ٢٣٤/٧ .

(٦) انظر ص من هذه الدراسة .

الدليل الثاني : إن القول بانعزاله قبل علمه يترتب عليه وقوع الوكيل بالضرر ، والضرر مدفوع من جهة الشرع [١].

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الثاني ، بأن الموت لا يكون سببا لانعزال العاقد الآخر إلا بعد علمه بذلك ، وبهذا القول يندفع الضرر الذي يقع على الوكيل عند القول بأنه ينعزل بمجرد موت الموكل ، وأيضاً يندفع عمن يتعامل معه الوكيل ، وهذا القول يتوافق مع قواعد الشريعة القائمة في إزالة الضرر ورفعه .

هذا فيما إذا كان الميت هو الموكل ، أما إن كان الميت هو الوكيل ، فإن العقد ينحل من حين موته علم بذلك الموكل أم لا ، لأن الوكالة منوطة ومتعلقة بعينه ، وقد زالت بموته .

---

(١) انظر : فتح القدير ١٤٥/٨ . المغني ٢٣٤/٧ .

المبحث الثالث

الرجوع بتعدي الوكيل

الرجوع في الوكالة إما أن يكون بالقول، وإما بالفعل ، أما الرجوع بالقول فإنه يحصل بكل لفظ يدل على إرادة الرجوع ؛ كأن يقول الموكل للوكيل : عزلتك، أو أبطلت الوكالة، إلى غير ذلك من الألفاظ الصريحة التي تدل على الرجوع في أصل اللغة .

وأما الرجوع بالفعل فهو في كل تصرف يدل ــ أيضاً ــ على إرادة الرجوع، كأن يوكله في بيع شيء ثم يبيعه الموكل ، فإن هذا التصرف يدل على الرجوع ، لأن مثل هذا التصرف يعد من التصرفات التي لا تحتمل إلا معنى واحداً ، وهو إرادة الرجوع ، غير أن هناك من التصرفات ما اختلف في اعتبارها رجوعاً ، ومن هذه التصرفات تعدي الوكيل فيما وكل فيه ، بأن تصرف فيه تصرفاً ينقص من قيمته، فهل يكون هذا التصرف رجوعاً عن العقد ومبطلاً له ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : إن تعدي الوكيل مبطل للوكالة .

وهو وجه للشافعية [١]، ووجه عند الحنابلة [٢].

جاء في مغني المحتاج : "والثاني : ينعزل كالمودع .." [٣]، وجاء في المبدع : "والوجه الثاني : أنها تبطل به " [٤].

القول الثاني : إن تعديه غير مبطل لها .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٢٥٤/٣ ، نهاية المحتاج ٤٩/٣ ، تكملة المجموع ١٣٤/١٤ .

(٢) انظر : المغني ٢٣٦/٧ ، الانصاف ٣٦٩/٥ ، المبدع ٣٦٤/٤ .

(٣) ٢٥٤/٣ .

(٤) ٣٦٤/٤ .

وهو الأصح عند الشافعية [١]، والصحيح عند الحنابلة [٢].

جاء في مغني المحتاج : " ولا ينعزل بالتعدي في الأصح .." [٣]. وجاء في الإنصاف : " لا تبطل الوكالة بالتعدي .. وهذا المذهب " [٤].

أدلة القول الأول : استدل القائلون ببطلان الوكالة بالتعدي : بأن الوكالة عقد أمانة فتبطل بالتعدي كالوديعة ، فإن الوديعة إذا تعدى فيها المودع بطلت . فكذلك هنا ، فالإذن في التصرف من قبل الموكل للوكيل كان منوطاً بأمانة الوكيل، فلما زالت أمانته بتعديه زال الإذن [٥].

نوقش : بأن الوديعة مجرد أمانة فنافاها التعدي ، بخلاف الوكالة ، فإنها إذن في التصرف وتضمنت الأمانة [٦].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون ببقاء الوكالة مع وجود التعدي : بأن الوكالة إذن في التصرف مع الاستئمان ، فإن زال أحدهما لم يزل الآخر ، ولا ارتباط بين الإدن في التصرف والأمانة ، فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الإذن بحاله [٧].

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الثاني ، بأن الوكالة لا تبطل بالتعدي ، وذلك لأن قياس الوكالة على الوديعة مع الفارق ؛ فإن الوديعة أمانة مجردة فنافاها التعدي ، وأما الوكالة فإنها إذن في التصرف

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٥٥٤/٣ ، مغني المحتاج ٢٥٤/٣ .
(٢) انظر : المغني ٢٣٦/٧ ، الإنصاف ٣٦٩/٥ ، المبدع ٣٦٤/٤ .
(٣) ٢٥٤/٣ .
(٤) ٣٦٩/٥ .
(٥) انظر : المبدع ٣٦٤/٤ .
(٦) انظر : مغني المحتاج ٢٥٤/٣ ، المبدع ٣٦٤/٤ .
(٧) انظر : الإنصاف ٣٦٩/٥ ، المبدع ٣٦٤/٤ .

تضمنت الأمانة ، فالأمانة في الوكالة حكم ترتب عليها ، ولا يلزم من ارتفاع الأمانة ارتفاع أصلها "

أما الضمان فإن الفقهاء متفقون على أن الوكيل يضمن إن تعدى فيما وكل فيه سواء ترتب على تعديه ذهاب القيمة جميعها أو بعضها ، لأن الوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل فإن تعدى أو فرط ضمن ، وهنا قد تعدى فعليه الضمان.

الفصل الرابع

الرجوع في الرهن

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع في الرهن بلا موجب .

المبحث الثاني : الرجوع بموت أحد العاقدين .

المبحث الثالث : الرجوع ببيع الراهن الرهن .

المبحث الرابع : الرجوع بفلس الراهن .

الفصل الرابع :

الرجوع في الرهن

المبحث الأول:

الرجوع في الرهن[١] بلا موجب

اتفق الفقهاء على أن المرتهن له حق الرجوع في عقد الرهن ، لأن الرهن شرع توثقة لحقه ، وله أن يتنازل عن حقه [٢].

كما اتفقوا على أن الراهن لا يملك الرجوع في عقد الرهن بعد تمام القبض، لأن الرهن في هذه الحالة صار لازماً في حقه ، فلا يملك الرجوع فيه . ولأنه عقد وثيقة ، فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان ، ولو جاز الفسخ من غير رضاه بطلت الوثيقة ، وسقطت فائدة الرهن [٣].

أما إذا أراد الرجوع في الرهن قبل القبض ، فإن الفقهاء اختلفوا في صحة رجوعه على قولين:

القول الأول : للراهن الرجوع قبل القبض .

---

(١) الرهن في اللغة : حبس الشيء على حق ، يقال : رهنتك ثوبي ، لأنه محبوس عنده على حقه عندك . ومنه قوله تعالى : « كل امرىء بما كسب رهين» أي: محتبس بعمله .
انظر: لسان العرب مادة رهن (١٨٨/١٣) ، القاموس المحيط مادة رهن (١٥٨٠/٢).
وفي الاصطلاح : جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر استيفائه ممن عليه .
انظر : تبيين الحقائق ٦٢/٦ ، جواهر الإكليل ١١٦/٢ ، نهاية المحتاج ٢٣٣/٤ ، المغني ٤٤٤/٦ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٨/٦ ، تبيين الحقائق ٦٣/٦ ، البحر الرائق ٤٢٩/٨ ، ٤٣٠ ، تكملة حاشية ابن عابدين ٣١٦/٦ ، القوانين الفقهية ٢٧٧ ، المقدمات ٣٦٤/٢ ، بداية المجتهد ١٤٣٥/٤، القبس ٩٠٢/٣ ، تبيين المسالك ٤٨٧/٣ ، المهذب ٨٧/٢ ، مغني المحتاج ٥٨/٣ ، نهاية المحتاج ٢٥٣/٤ ، المغني ٤٤٥/٦ ، الإنصاف ١٤٩/٥ ، المبدع ٢١٩/٤ .

(٣) المصادر السابقة .

وهو قول الحنفية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣].

جاء في تبيين الحقائق:" الرهن لا يلزم بالإيجاب والقبول، ولكنه ينعقد بهما، ويتم بالقبض فيلزم به "[٤]. وفي نهاية المحتاج : " ولا يلزم الرهن إلا بالقبض"[٥]، وفي حاشية ابن قاسم : " ولا يلزم الرهن إلا بالقبض " [٦].

القول الثاني: ليس للراهن الرجوع مطلقاً، سواء كان قبل القبض أو بعده.

وهو قول المالكية [٧].

جاء في القوانين الفقهية : " إذا عقد الرهن لزم بالقول ، وأجبر الراهن على إقباضه " [٨].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الراهن له الرجوع قبل القبض بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ ... فَرِهَـٰن مقبوضة ... ﴾ [٩].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦٣/٦ . البحر الرائق ٤٢٩/٨ ، ٤٣٠ . اللباب ٥٤/٢ .

(٢) انظر : المهذب ٨٧/٢ . مغني المحتاج ٥٨/٣ . نهاية المحتاج ٢٥٣/٤ .

(٣) انظر : المغني ٤٤٥/٦ . الإنصاف ١٤٩/٥ ، المبدع ٢٩٩/٤ ، حاشية ابن قاسم ٥٧/٥ .

(٤) ٦٣/٦ .

(٥) ٢٥٣/٤ .

(٦) ٥٧/٥ .

(٧) انظر : القوانين ٢٧٧ . الثبس ٣ ٢ ٩٠٢ .

(٨) ٢٧٧ .

(٩) سورة البقرة آية ٢٨٣ .

وجه الدلالة : إن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ؛ إذ لو كان الرهن لازما بدون القبض ، لم يكن للتقييد به فائدة ، فقد ورد الرهن في هذه الآية موصوفا بالقبض [١].

نوقش : بأن الله ﷻ جعل القبض من صفاتها في هذه الآية ، فدل ذلك على أنها تكون رهناً قبل القبض . لأن وصف الشيء بصفة يجب أن يكون لمعنى زائد على وجوده [٢].

يجاب عن هذه المناقشة : بأنه لا خلاف في أن الرهن ينعقد بمجرد اللفظ لا القبض. وإنما الخلاف في كون القبض شرطا للزوم الرهن ، فلا يصلح أن تنزل الآية على غير محل النزاع .

أما القول بأن وصف الشيء بصفة يجب أن يكون لمعنى زائدٍ على وجوده، فإن هذا هو عين ما نقول به ، فورود الآية مقيدة بالقبض لابد أن يكون له معنى ، ولا معنى له هنا إلا أن يكون القبض شرطاً للزوم الرهن ، وإذا لزم الرهن لم يجز – لمن لزم في حقه – الرجوع .

الدليل الثاني : لأن الرهن عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض، فلا يلزم من غير القبض كالهبة [٣].

يناقش هذا الاستدلال : بأن كون الرهن عقد إرفاق – إن سلمنا بذلك – لا يعني أنه عقد لازم ، فمن عقود الارفاق ما هو غير لازم كالعارية مثلاً ، فإنها عقد إرفاق ، ومع هذا فهي غير لازمة ، يجوز لكلا العاقدين الرجوع فيها .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٥٨/٣ ، نهاية المحتاج ٢٥٣/٤ ، المغني ٤٤٥/٦ ، منار السبيل ٤٥٨/٢ .

(٢) انظر : المقدمات الممهدات ٣٦٤/٢ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٨/٦ ، المهذب ٨٧/٢ ، مغني المحتاج ٥٨/٣ ، المغني ٤٤٥/٦ ، المبدع ٢١٩/٤.

أما القول بأنه عقد افتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض غير صحيح ؛ فإنه إن كان المراد به أن كل عقد يفتقر إلى القبول فإن وجوده يحصل بالقبض غير صحيح. وهذا أبعد الوجهين وأضعف الاحتمالين ، أما إن كان المراد أن العقد المفتقر للقبول يتوقف لزومه على القبض فغير صحيح أيضاً ، وهو مردود بالوصية ، فإنها تفتقر إلى القبول ولا يتوقف لزومها على القبض ، بل تلزم بمجرد القبول في زمن الاستحقاق وهو الذي يلي موت الموصي .

أما قياس لزوم الرهن بالقبض على لزوم الهبة بالقبض فغير صحيح ، لأن حكم الأصل وهو لزوم الهبة بالقبض غير متفق عليه ، فإن الفقهاء مختلفون في لزومها:هل يكون بمجرد اللفظ أم بالقبض ؛ وما كان كذلك لا يصح أن يقاس عليه غيره .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الرهن يلزم بمجرد العقد ، فلا يملك الراهن الرجوع بعده بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾[١].

وجه الدلالة : أن عقد الرهن قد حصل لأنه ينعقد بالإيجاب والقبول ، وإن لم يحصل فيه قبض ، فكان مأموراً بالوفاء به وذلك بعدم فسخه [٢].

يناقش هذا الاستدلال : بأن الآية تدل على وجوب الوفاء فيما حقه اللزوم ، والعقود منها ما يلزم بمجرد العقد . فهذا يجب الوفاء به بمجرد العقد ، ومنها ما يلزم بالقبض، فهذا يجب الوفاء به بقبضه ، وأما قبل القبض فإنه لا يلزم ، فلا يؤمر بالوفاء به . فالرهن بناء على التوجيه السابق للآية يجب الوفاء به إذا تم

---

(١) سورة المائدة آية ١ .

(٢) انظر : المقدمات الممهدات ٢/٣٦٤ .

القبض ، لأنه في هذه الحالة يكون لازماً، وأما قبل القبض فلا يجب الوفاء بـه لعـدم لزومه .

الدليل الثاني : قياس الرهن على البيع ونحوه مما يلزم بمجرد العقد [١].

نوقش : بأنه قياس مع الفارق ، فالبيع عقـد معاوضـة ، وأمـا الرهـن فعقـد توثيق، فافترقا [٢].

الراجـــح : يتبين لي بعد هذا العرض رجحان القول الأول ؛ بأن الراهن له الرجوع في الرهن قبل القبض؛ أما بعده فلا حق له في الرجوع ؛ وذلك لدلالة الآيـة على ذلك ، فإن وصف الرهن بكونه مقبوضاً يقتضـي أن يكـون القبـض في الرهـن شرطاً للزومه ، ومتى لزم الرهن لم يكن للراهن حله والرجوع فيه .

---

(١) انظر : بداية المجتهد ٤/١٤٣٥ .

(٢) انظر : المغني ٦/٤٤٥ .

المبحث الثاني

الرجوع بموت أحد العاقدين

الراهن والمرتهن يطرأ عليهما الموت كغيرهما، فإذا طرأ على أحدهما موت، فهل يكون ذلك سبباً في انفساخ العقد. وبالتالي يسقط حق المرتهن أو ورثته في الوثيقة بالرهن ، ويكون للراهن ولورثته الرجوع بالمرهون إن كان مقبوضاً ؟

لابد من التفريق بين حالين ؛ الأولى : كون الموت واقعاً بعد قبض الرهن.

الثانية : كون الموت واقعا قبل قبض الرهن .

الحال الأولى : إذا طرأ الموت على أحدهما بعد قبض الرهن .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : إن الموت لا أثر له على العقد ، فيبقى على انعقاده ، ولا يكون للراهن ولا لورثته الرجوع بسبب ذلك .

وهو قول الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤]

القول الثاني : أن الموت مبطل للعقد ، فيرجع الراهن أو وارثه بالرهن ، ويلزم المرتهن ووارثه رد العين المرهونة .

وهو قول الظاهرية [٥].

جاء في المحلى : " فإن مات الراهن أو المرتهن بطل الرهن .." [٦].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٨/٦ ، تبيين الحقائق ٦٣/٦ ، اللباب ٥٤/٢ .

(٢) انظر : القوانين ٢٧٧ ، المقدمات ٣٦٤/٢ ، القبس شرح الموطأ ٩٠٢/٣ .

(٣) انظر : المهذب ٨٧/٢ ، الوسيط ٤٨٥/٣ ، مغني المحتاج ٥٨/٣ .

(٤) انظر : المغني ٤٤٥/٦ ، ٤٤٦ ، الإنصاف ١٤٩/٥ ، المبدع ٢٢٩/٤ ، حاشية ابن قاسم ٥٧/٥.

(٥) انظر : المحلى ٣٧١/٦ .

(٦) ٣٧١/٦

أدلة القول الأول : استدل أصحاب القول الأول بأن الرهن بعد القبض أصبح لازماً في حق الراهن ، فإن مات فلا يبطل ما عليه من حق يتعلق بالعين المرهونة ، وإن انتقلت إلى الورثة [1]، فإنها تنتقل على الصفة التي كانت عليها قبل موت الراهن ، فقد كانت مشغولة بحق المرتهن ، فيقدم على سائر الغرماء لتعلق حقه بعين مال الراهن ، هذا بالنسبة لموت الراهن ، أما موت المرتهن فلا أثر له على الرهن أيضاً ، فينتقل إلى ورثته من بعده ، لأنه حق متعلق بالمال ، فيكون من جملة ما يورث عن المرتهن .

أدلة القول الثاني : استدل ابن حزم على القول ببطلان الرهن بسبب الموت ، بما يلي:

أولاً : أما بالنسبة للمرتهن ، فإنه إذا مات سقط حقه في الرهن ، ولم يورث، لأن الحقوق لا تورث ، فإذا سقط حقه بطل العقد ، وإذا بطل فإنه لا ينتقل إلى الورثة [2].

يناقش : بأن القول بأن الحقوق لا تورث ليس على إطلاقه ، وفي مسألتنا هذه فإن العدل يحكم بأن الوارث يرث هذا الحق من مورثه ، لأن الوارث محتاج إلى الوثيقة حاجة الميت ، ولأن هذا الحق متعلق بالمال ، والحق المتعلق بالمال من جملة الحقوق الموروثة .

ثانياً : أما بالنسبة للراهن : فإنه قد سقط ملكه عن العين المرهونة بموته ، وانتقلت إلى الورثة ، والمرتهن لم يعقد مع الورثة وإنما عقد مع الراهن ، فلا يلزمهم ما لم يلتزموا به [3].

---

(١) انظر : المغني ٦/٤٤٥ .

(٢) انظر : المحلى ٦/٣٧١ .

(٣) المصدر السابق .

يناقش : بأن العين المرهونة قد تعلق بها حق المرتهن ، وذلك توثقة لحقه، فلو كان لورثة الراهن حق في الرجوع فيها لأوجب ذلك إيقاع الضرر بالمرتهن . وعلى هذا فإن الوارث يرث العين المرهونة على الوصف الذي كانت عليه قبل موت راهنها ، وهو اللزوم .

الراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ، بأن العقد لا يتأثر بالموت في هذه الحالة ، لأنه أصبح لازماً بالقبض ، ولأن الرهن من الحقوق التي تورث ، فينتقل الحق إلى ورثة المرتهن ، وأما الراهن ووارثه فإن الرهن لزمهم بالقبض؛ فلا حق لهم في الرجوع فيه بموت المرتهن .

الحال الثانية : إذا طرأ الموت على أحدهما قبل قبض الرهن .

اختلف الفقهاء في أثر الموت على العقد في هذه الحالة على ثلاثة أقوال:

القول الأول : إن العقد ينحل ، فيرجع الراهن أو وارثه بالعين المرهونة .

وهو قول الحنفية [١] والمالكية [٢] وقول للشافعية [٣].

جاء في مختصر خليل : "وبطل ... وبموت راهنه أو فلسه قبل حوزه ولو جدّ فيه " [٤]، وجاء في روضة الطالبين : " فإن مات أحدهما قبل القبض ".. فيهما قولان : .... والثاني : يبطل "[٥].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٨/٦ ، تبيين الحقائق ٦٣/٦ ، ولم أجد لهم تصريحاً بهذا . ولكنه يتخرج على قولهم بعدم لزوم الرهن إلا بعد القبض .

(٢) انظر : جواهر الإكليل ٢ ١٢٠ ، مواهب الجليل ٥٥٣/٦ ، حاشية الدسوقي ٣٩٠.٤ ، ٣٩١ ، حاشية الخرشي ٤٣/٦ .

(٣) انظر : المهذب ١٨٩/٢ ، روضة الطالبين ٣١١/٣ .

(٤) ٢٢٢ .

(٥) ٣١١/٣ .

القول الثاني : إن الموت لا أثر له على العقد ، وليس للراهن الرجوع عن الرهن بموت المرتهن .

وهو الأظهر عند الشافعية (١).

جاء في روضة الطالبين : " فإن مات أحدهما قبل القبض .. فيهما قولان : أظهرهما : لا يبطل فيهما " (٢).

القول الثالث : أنه لا أثر للموت ، فيبقى العقد على انعقاده ، لكن يثبت للراهن أو لوارثه الرجوع عن الرهن .

وهو قول الحنابلة (٣).

جاء في المغني : " إذا مات أحد العاقدين قبل القبض لم يبطل الرهن ، ولا يلزم ورثته تقبيضهم " (٤).

أدلة القول الأول : استدل القائلون بانحلال الرهن بموت أحد العاقدين بما يلي :

الدليل الأول : القياس على الوكالة بجامع أن كلاً منهما عقد جائز ، فكما أن الوكالة تنحل بالموت فكذلك الرهن (٥).

يناقش : بأن الرهن يختلف عن الوكالة من حيث اللزوم وعدمه ، فالرهن وإن كان جائزاً قبل القبض إلا أنه يلزم متى حصل القبض ، بخلاف الوكالة فإنها لا تلزم إلا في حالات استثناها بعض الفقهاء من هذا الأصل.

---

(١) انظر : المهذب ٨٩/٢ ، روضة الطالبين ٣١١/٣ ، الوسيط ٤٩٠/٣ ، مغني المحتاج ٦٠/٣ .

(٢) ٣١١/٣ .

(٣) انظر : المغني ٤٤٧/٦ .

(٤) ٤٤٧/٦ .

(٥) انظر : روضة الطالبين ٣١١/٣ ، مغني المحتاج ٦٠/٣ ، نهاية المحتاج ٢٥٧/٤ ، ٢٥٨ .

الدليل الثاني : لأن المرهون بعد موت الراهن ملك لوارثه ، وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم [١].

يناقش : بأنه لا ضرر على ورثة الراهن في هذه الحالة ، لأن العقد غير لازم في حقهم ، فلهم الرجوع متى أرادوا ذلك،ما لم يتم القبض من قبلهم ، فإن العقد في هذه الحال يلزم .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بعدم انحلال الرهن بالموت ، وأن الراهن لا يملك الرجوع، بما يلي :

الدليل الأول : القياس على البيع زمن الخيار،بجامع أن كلاً منهما مصيره إلى اللزوم [٢]، فكما أن البيع زمن الخيار يلزم بموت أحد العاقدين ، فكذلك الرهن.

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : أنه قياس فاسد الاعتبار ، فإن حكم الأصل وهو لزوم البيع بموت من له الخيار مختلف فيه ، فإن الفقهاء مختلفون في انتقال حق الخيار للورثة.

الوجه الثاني : إنه قياس مع الفارق ، لأن البيع عقد معاوضة ، والرهن عقد توثيق ، وكذلك فإن البيع عقد لازم بمجرد اللفظ بعد تفرق العاقدين ، بخلاف الرهن ففي لزومه قبل القبض خلاف بين الفقهاء .

الدليل الثاني : أن الوارث بعد موت مورثه ـ المرتهن ـ محتاج إلى الوثيقة حاجة الميت ، وذلك لتوثقة حقه الثابت في ذمة الراهن [٣].

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٦٠/٣

(٣) انظر : روضة الطالبين ٣١١/٣ . مغني المحتاج ٦٠/٣ .

يناقش : بأن هذا فيما إذا كان الرهن لازماً ، أما إذا لم يكن لازماً كما هو الحال في هذه الحالة فإن الراهن يملك الرجوع،كما لو كان المرتهن حياً .

أدلة القول الثالث :

استدل الحنابلة القائلون بعدم انحلال العقد بموت أحد العاقدين في عقد الرهن ، بما استدل به أصحاب القول الثاني [١].

واستدلوا لما ذهبوا إليه من أن الراهن أو وارثه يملك الرجوع إذا طرأ على أحد طرفي العقد موت : بأن الراهن لا يلزم الرهن في حقه إلا بالقبض ، وأما قبل القبض فله الرجوع ، وكذلك الوارث فإنه يقوم مقام مورثه ، ولما كان الرهن لا يلزم المورث إلا بالقبض ، فكذلك الوارث [٢].

الراجح : تبين لي من خلال هذا العرض أن القول الراجح من هذه الأقوال هو القول الثالث ، لوجاهته ، ولأن الأصل في العقد الصحة والبقاء ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ، وهنا لم يأت ما يدل على بطلان الرهن بموت أحد العاقدين ، فيكون الرهن على حاله قائماً ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان . ولما كان الرهن قبل القبض في حياة المرتهن غير لازم ، وجب أن يكون كذلك بعد موته ، لأن شرط اللزوم،وهو القبض،لم يوجد ، ولا ضرر في ذلك على ورثة المرتهن ، لأن الحق لم يثبت لمورثهم فكان عدم ثبوته لهم من باب أولى .

---

(١) انظر : المغني ٤٤٧/٦ .

(٢) المصدر السابق .

المبحث الثالث

الرجوع ببيع الراهن الرهن

إذا باع الراهن الرهن . فإن بيعه له لا يخلو من حالين ؛ إما أن يكون قبل القبض وإما أن يكون بعده .

فإن كان بيع الراهن الرهن قبل القبض ، فإنه يحصل به الرجوع عن العقد، لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض فى حق الراهن ، فإن باعه قبل القبض كان ذلك رجوعاً منه عن الرهن [١].

وأما إن كان بعد القبض . فإنه لا يخلو ــ أيضاً ــ من حالين ؛ إما أن يكون بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن ، وإما أن يكون بغير إذنه .

الحال الأولى : بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن .

اتفق الفقهاء على أن بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن صحيح ونافذ، إذا كان الدين حالاً ، ولا يفضي ذلك إلى انحلال العقد ، وإنما يتعلق حق المرتهن بالثمن ، لأن إذن المرتهن بالبيع في هذه الحالة محمول على البيع لأجل سداد الدين لحلول وقته [٢].

أما إن كان الدين مؤجلاً ، فأذن المرتهن للراهن في بيع الرهن ، ففي كون

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦٣/٦ ، البحر الرائق ٤٢٩/٨ ، حاشية ابن عابدين ٣١٦/٦، المهذب ٨٧/٢ ، مغني المحتاج ٥٨/٣ ، نهاية المحتاج ٢٥٣/٤ ، المغني ٤٤٥/٦ ، الإنصاف ١٤٩/٥ ، المبدع ٢١٩/٤ .

وأما المالكية فقد فصلوا ، وفرقوا بين المفرط وغير المفرط ، ففي حاشية الدسوقي ما نصه : "المرتهن إذا فرط في طلب الرهن ولم يحزه حتى باعه راهنه ، فإن البيع يمضي ، ولا يلزمه رهن غيره للمرتهن ، وإن لم يفرط المرتهن في حوز الرهن بل حد في طلبه ، وإنما الراهن عاجله فباعه قبل الحوز فتأويلان : في مضى البيع فات أم لا ، ويكون الثمن رهناً ، وفي رده إن لم يفت ويبقى رهناً وإلا الثمن " (٤٠٢/٤) . وانظر : مواهب الجليل ٥٦٤/٦ ، حاشية الخرشي ١٥٦/٦ .

(٢) المصادر السابقة .

هذا البيع سبباً لانحلال عقد الرهن ، ورجوع الراهن عن الرهن-ثلاثة أقوال :

القول الأول : ينحل عقد الرهن ، ويكون بيعه رجوعاً عن العقد .

وهو قول الشافعية [١].

جاء في مغني المحتاج : " ولو أذن في بيعه فباعه والدين مؤجل فلا شيء له على الراهن ليكون رهناً مكانه لبطلان الرهن "[٢].

القول الثاني : لا ينحل الرهن ، ويصير الثمن مرهوناً ، فلا يحصل في البيع رجوع عن الرهن .

وهو قول الحنفية [٣] والمالكية [٤].

جاء في بدائع الصنائع : " فإذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهناً " [٥]. وفي حاشية الدسوقي :" فإن باعه بأقل من الدين ولم يكمل له ما نقص من الدين خير المرتهن بين أن يرد البيع ويرجع الرهن ، أو يجيزه ويأخذ الثمن ويطالب ببقية دينه ، فإن باعه بمساو أو بأكثر فلا كلام للمرتهن والبيع لازم ويعجل الدين "[٦].

القول الثالث : التفصيل ، وهو لأبي يوسف [٧] والحنابلة [٨].

---

(١) انظر : المهذب ٩٩/٢ . مغني المحتاج ٦٦/٣ .

(٢) ٦٦/٣ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢٢٠/٦ . فتح القدير ١٩٧/١٠ .

(٤) انظر : مواهب الجليل ٥٦٥/٦ . حاشية الدسوقي ٤٠٢/٤ ، حاشية الخرشي ١٥٦/٦.

(٥) ٢٢٠/٦ .

(٦) ٤٠٢/٤ .

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٢٢٠/٦ . تبيين الحقائق ٨٤/٦ ، فتح القدير ١٩٧/١٠، البحر الرائق ٤٨٠/٨.

(٨) انظر : الإنصاف ١٥٧/٥ . المبدع ٢٢٦/٤ .

١ ـ إن شرط المرتهن أن يكون الثمن رهناً ، فإن الرهن لا ينحل وإن صح البيع، ولا يكون في ذلك رجوع عن الرهن .

٢ ـ إن لم يشترط المرتهن ذلك ، فإن الرهن ينحل ، ويكون ذلك رجوعاً عنه .

جاء في البحر الرائق : " عن أبي يوسف ، أن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهناً عند إجازة كان رهنا وإلا فلا " [١]، وفي المبدع : " أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهنا مكانه فإنه يصح البيع والشرط ..." [٢].

أدلة القول الأول : استدل من قال بأن البيع في هذه الحالة يعتبر رجوعاً عن الرهن : بأن البيع تصرف يزيل الملك ، فتصرف الراهن في الرهن ببيعه يخرجه عن ملكه ، وقد أذن فيه المرتهن ، فسقط حقه من الرهن بإسقاطه ، وذلك بإذنه للراهن ببيعه [٣].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الرهن باق ، وأن الثمن يكون رهناً: بأن الثمن بدل للمرهون ، وبدل الشيء يقوم مقامه ، فيقوم الثمن مقام المبيع في الوثيقة "[٤].

يناقش : بأن قيام الثمن مقام المبيع في الوثيقة غير مسلم ، لأن المرتهن قد تنازل عن حقه في الرهن دون أن يشترط كون الثمن رهناً ، فكان ذلك رجوعاً منه عن الرهن .

أدلة القول الثالث : استدل القائلون بالتفصيل : بأن اشتراط المرتهن كون الثمن رهناً يدل على أنه غير راض بزوال حقه في الرهن إلا ببدل ليقوم مقامه

---

(١) ٨/٤٨٠ .

(٢) ٤/٢٢٦ .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٣/٦٦ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٦/٨٤ .

في الرهن ، وأما إذا لم يشترط ذلك فإنه يكون ر جوعاً عن الرهن ، لأن إذن المرتهن بالبيع تنازل منه عنه [١].

الراجــح : الذي يظهر لي رجحانه من بين هذه الأقوال هو القول الثالث، وذلك لوجاهته ، ولقوة تعليله ، ولأن اشتراطه بأن يكون الثمن رهناً دالّ على أنــه لم يتنازل عن حقه في الرهن ، أما إذا لم يشترط فإنه ظاهر في أنه قد تنازل عن حقــه في الرهن ، لذا فإن إذنه في البيع يكون رجوعاً عن الرهن إذا لم يشترط كون الثمن رهناً .

الحال الثانية : بيع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن .

اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع ، وفي اعتباره رجوعــاً عــن الرهــن على ثلاثة أقوال :

القــول الأول : إن البيــع يصــح مطلقــاً ، ويكــون رجوعــاً مــن الراهــن في الرهن.

وهو قول الظاهرية [٢].

جاء في المحلى : " فإن مات الراهن ... أو باع الرهن .. فكل ذلـك نـافذ ، ولا يكلف الراهن عوضاً مكان شيء من ذلك .." [٣].

القول الثاني : إن البيع لا يصح مطلقاً .

وهو قول الشافعية [٤] والحنابلة [٥].

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : المحلى ٣٧٨/٦ .

(٣) ٣٧١/٦ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٣١٥/٣، الوسيط ٤٩٦/٣ ، مغـني المحتـاج ٦١/٣، نهايـة المحتـاج ٢٥٩/٤.

(٥) انظر : المغني ٤٨٣/٦، الإنصاف ١٥٤/٥ ، المبدع ٢٢٢/٤ ، كشاف القناع ٣٩٠/٣.

جاء في نهاية المحتاج : " ليس للراهن تصرف مع غير المرتهن بغير إذنه بما يزيل الملك كبيع .. "[١]. وفي المغني :" وإن تصرف الراهن بغير العتق كالبيع لم يصح بغير إذن المرتهن " [٢].

القول الثالث : " أن البيع صحيح مرقوف على إجازة المرتهن ، فإن أجاز نفذ وأصبح الثمن رهناً مكانه ، وإلا فلا ينفذ .

وهو قول الحنفية [٣] والمالكية [٤].

جاء في فتح القدير :" إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف"[٥]. وجاء في حاشية الدسوقي : " فإن باعه بأقل من الدين .. خير المرتهن بين أن يرد البيع ويرجع الرهن . أو يجيزه ويأخذ الثمن ، ويطالب ببقية دينه "[٦].

أدلة القول الأول : استدل ابن حزم لقوله ، بما يلي :

الدليل الأول : أنه لا خلاف في أن الرهن ملك الراهن ، فإذا باعه نفذ البيع، لأنه تصرف صدر من مالك في خالص ملكه [٧].

يناقش هذا الاستدلال : بأن القول بصحة البيع يتضمن إبطال حق المرتهن في الوثيقة ، فالرهن متعلق به حق المرتهن ، فلا يسقط حقه فيه إلا بأحد أمرين : الإسقاط من جهته ، وقضاء الدين من جهة الراهن ، ولما لم يكن شيئاً من ذلك فإن حق المرتهن في الرهن باق . لا يؤثر فيه تصرف الراهن سيعه .

---

(١) ٢٥٩/٤ .

(٢) ٤٨٣/٦ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢٢٠/٦ . تبيين الحقائق ٨٤/٦ ، فتح القدير ١٩٧/١٠ .

(٤) انظر : مواهب الجليل ٥٦٥/٦ . حاشية الدسوقي ٤٠٢/٤ ، حاشية الخرشي ١٥٦/٦ .

(٥) ١٩٧/١٠ .

(٦) ٤٠٢/٤ .

(٧) انظر : المحلى ٣٧١/٦ .

الدليل الثاني : قياس البيع على العتق بجامع أن كلا منهما تصرف من مالك تام التصرف في خالص ملكه ، فكما أن العتق نافذ منه ، فإن البيع أيضا ينفذ[١].

يناقش : بأن قياس غير صحيح من وجهين :

الأول : أنه فاسد ، لأن حكم الأصل ـ وهو كون العتق نافذاً إن صدر من الراهن ـ غير متفق عليه .

الثاني : أنه مع الفارق ، لأن البيع غير مبني على التغليب والسراية بخلاف العتق ، بالإضافة إلى أن العتق لا يقبل الرد والفسخ بخلاف البيع .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن البيع باطل بدليلين ، هما :

الدليل الأول : قوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار "[٢].

وجه الدلالة : أن تصرف الراهن في الرهن بالبيع يضر المرتهن ، لأن حقه في التوثيق يفوت بسبب البيع [٣].

يناقش هذا الاستدلال : بأنا إذا جعلنا بيعه موقوفاً على إجازة المرتهن ، فإن هذا يدفع الضرر الذي يلحق المرتهن ، لو قلنا بنفاذ بيع الراهن ، فيكون بذلك مراعاة لكلا الجانبين ، أما بالنسبة للراهن فلأن في القول بصحة بيعه موقوفاً على إجازة المرتهن صوناً لعبارته وتصرفه عن الإلغاء ، مع ما في ذلك من مصلحة له ، أما بالنسبة للمرتهن فلأن حقه تعلق بعين المرهون ، ومع القول بصحة بيعه موقوفاً على إجازته فإنه لا ضرر في ذلك على حقه في الرهن ، مادام لم يلحقه ضرر من هذا التصرف ، فلا معنى للقول ببطلانه وعدم صحته .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٨٤/٦ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : المهذب ٩٩/٢

الدليل الثاني : قياس بيع الرهن على فسخه ، بجامع أن في كلا الأمرين ضرر يلحق بالمرتهن ، فكما أن فسخ الرهن بعد القبض لا يصح ، فكذلك البيع[1].

يناقش هذا الاستدلال : بأن البيع وإن كان فيه ضرر على المرتهن إلا أنه مدفوع بوقفه على إذنه المرتهن . فإن رضي بها أجازها ، وإن لم يرض بها ردها ، بخلاف الفسخ فإنه ضرر محض لا يمكن دفعه .

أدلة القول الثالث : استدل القائلون : بأن البيع موقوف على إجازة المرتهن، بما يلي :

الدليل الأول : قياس بيع الرهن على الوصية بأكثر من الثلث ، بجامع تعلق حق الغير بالمال في كلا الصورتين ، فكما أن الموصي حين يوصي بأكثر من الثلث يتوقف النفاذ على سائر الورثة،فإن رضوا بذلك نفذ ، وإلا فلا فكذلك بيع الراهن يتوقف على إذن المرتهن [2].

الدليل الثاني : أن الراهن وإن كان مالكاً للرهن إلا أن يد المرتهن تمنعه من التسليم ، فوقف نفاذ البيع على إذن المرتهن [3].

الراجح : بعد عرض مذاهب الفقهاء في هذه المسألة ، وسوق أدلتهم التي استدلوا بها ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، فإني أجدني أميل إلى القول الثالث : بأن البيع موقوف على إجازة المرتهن ، فإن أجازه نفذ وصار الثمن مرهوناً ، وإن لم يجزه لم ينفذ ، فهذا القول وإن كان صحيحاً في الجملة إلا أنني لا أسلم القول بأن المرتهن إن أجاز البيع نفذ وصار الثمن مرهوناً، لأنه قد تقدم في

---

(١) انظر : المغني ٤٨٣/٦ . المبدع ٢٢٢/٤ ، كشاف القناع ٣٩٠/٣ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٨٤/٦ . فتح القدير ١٩٧/١٠ ، البحر الرائق ٤٨٠/٨ .

(٣) المصادر السابقة .

(٣٥٧)

الحال الأولى أن الراجح في إذن المرتهن ببيع الرهن القول بالتفريق بين اشـتراطه أن يكون الثمن مرهوناً فيكون له ما اشترطه ، وبين عدم اشتراطه ذلـك فإن الإذن في هذه الحال دالّ على أنه قد تنـازل عـن حقـه ، فيكـون إذنـه في البيـع رجوعـاً عـن الرهن ، وإسقاطاً لحقه في الوثيقة .

المبحث الرابع

الرجوع بفلس الراهن

اتفق الفقهاء على أن الراهن لا يملك الرجوع عن الرهن بفلسه ، إذا كان فلسه قد طرأ بعد قبض المرتهن الرهن [١]، وذلك لما يلي :

أولاً : القياس على الهبة بعد القبض؛ بجامع أن كلا منهما يلزم بعد القبض ، فكما أن الواهب لا يرجع بما وهبه بعد فلسه ، فكذلك الراهن لا يملك الرجوع لأن العقد بعد القبض في حقه لازم [٢].

ثانياً : إذا قلنا بأن الراهن يستحق الرجوع بسبب فلسه، فإن في هذا إضراراً بالمرتهن ، والضرر الحاصل على الغرماء بإبقاء الرهن في يد المرتهن لا يزال بالضرر الحاصل على المرتهن بانحلال الرهن ، فالضرر لا يزال بمثله [٣].

أما إذا أفلس الراهن قبل قبض المرتهن الرهن ، فإن الفقهاء قد اختلفوا في مدى استحقاق الراهن الرجوع على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للراهن الرجوع عن الرهن مطلقاً .

وهو قول الحنفية [٤]، والمشهور عند المالكية [٥]، وقول عند

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٨/٦ . تبيين الحقائق ٦٣/٦، البحر الرائق ٤٢٩/٨، القوانين ٢٧٧، المقدمات ٣٦٤/٢ . بداية المجتهد ١٤٣٥/٤ . المهذب ٨٧/٢ ، مغني المحتاج ٥٨/٣ ، نهاية المحتاج ٢٥٣/٤. المغني ٤٤٥/٦ ، الإنصاف ٤٩/٥ .

(٢) انظر : المبدع ٢١٩/٤ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٨/٦ ، تبيين الحقائق ٦٣/٦ . البحر الرائق ٤٢٩/٨ ، ولم أجد لهم في الحقيقة تصريحاً وتنصيصاً على هذه المسألة بعينها ، وإنما يتخرج على قولهم بعدم لزوم العقد إلا بالقبض . وهنا لم يحصل القبض ، فكان له الرجوع .

(٥) انظر : جواهر الإكليل ١٢٠/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٩٠/٤ ، مواهب الجليل ٥٥٣/٦ ، حاشية الخرشي ١٤٣/٦.

الشافعية [١]. والصحيح عند الحنابلة [٢].

جاء في حاشية الخرشي :" إذا حصل للراهن مانع قبل أن يحوز المرتهن الرهن بطل . ولو كان المرتهن جادا في حوزه فإنه لا يكفي بذلك على المشهور ... والمانع هو الموت والجنون والفلس " [٣]. وفي المبدع : " ... المفلس .. لا يملك الرجوع كما لو وهبه .." [٤].

القول الثاني : لا رجوع للراهن عن الرهن بفلسه مطلقاً .

وهو الأصح عند الشافعية [٥].

جاء في روضة الطالبين : " ولو طرأ على أحدهما حجر سفه أو فلس لم يبطل على المذهب " [٦].

القول الثالث : التفصيل . وهو قول للمالكية [٧]:

١ ـ إذا جد المرتهن في قبض الرهن ، فإن الراهن لا يملك الرجوع بفلسه .

٢ ـ إذا لم يجد المرتهن في قبض الرهن ، فإن الراهن يرجع عن الرهن بطروء الفلس .

---

(١) انظر : المهذب ٨٩/٢، روضة الطالبين ٣١٢/٣ . مغني المحتاج ٦٠/٣ ، ولم أجد لهم نصاً في ذلك . ولكنه المفهوم من قول الشربيني في مغني المحتاج (٦٠/٣) حيث قال . " لم يبطل الرهن في الأصح " فإن هذه العبارة تدل بمفهومها على أن هناك قولاً ثانياً ولكنه مرجوح .

(٢) انظر : المغني ٤٤٥/٦ . الإنصاف ٣٠٥/٥ ، المبدع ٣١٦/٤ .

(٣) ٦ ١٤٣ .

(٤) ٣١٦/٤ .

(٥) انظر : روضة الطالبين ٣١٢/٣ . مغني المحتاج ٦٠/٣ ، ٦١ .

(٦) ٣ ٣١٢ .

(٧) انظر : مواهب الجليل ٥٥٣/٦ . حاشية الدسوقي ٣٩١/٤ ، حاشية الخرشي ١٤٣/٦ .

جاء في مواهب الجليل : " إذا لم يقبض المرتهن الرهن حتى أفلس الراهن كان أسوة الغرماء . قال اللخمي : اختلف إذا لم يفرط المرتهن في القبض حتى أفلس الراهن ، فقيل يبطل لعدم الحوز ، وقيل : يصح "[١].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الراهن له الرجوع عن الرهن بما يلي :

الدليل الأول : أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ، وأما قبل القبض فهو جائز، فيملك الراهن الرجوع عنه مطلقاً [٢].

الدليل الثاني : أن الراهن لو سلم الرهن للمرتهن كان ذلك تخصيصاً لأحد الغرماء بالوفاء دون بقيتهم [٣].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن العقد يبقى على لزومه ، وأنه لا رجوع للراهن : بالقياس على المبيع في زمن الخيار، بجامع أن مصير كليهما اللزوم [٤].

يناقش هذا الاستدلال : بأنه قياس غير صحيح من وجهين :

الأول : أنه مع الفارق ، حيث إن البيع عقد معاوضة ، بخلاف الرهن فإنه عقد توثيق .

الثاني : كون المبيع في زمن الخيار مصيره إلى اللزوم، لا يقتضي أن يكون لازماً ؛ فلكل واحد من العاقدين فسخه ، لأن الفائدة من الخيار أن يتمكن من ثبت له الخيار من الرجوع متى أراد ذلك، فلو قيل : إن العقد مصيره إلى اللزوم ،

---

(١) ٦/٥٥٣ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/٦٣ . المغني ٦/٤٤٥ .

(٣) المصدرين السابقين .

(٤) انظر : مغني المحتاج ٣/٦١ .

فلا ينفسح بالفسخ ، لكان في ذلك إبطال للخيار الذي دلت النصوص على صحته واعتباره .

أدلة القول الثالث : استدل من قال بالتفصيل : بالقياس على الهبة بجامع أن كليهما يلزم بالقول ، فإذا جد في قبض الهبة فإن الهبة تلزم ، لأن الجد في القبض بمنزلة القبض فكذلك الرهن ، إذا جد المرتهن في القبض لزم الرهن حينئذ ، لأنه ينزل منزلة القبض [١].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أن القول بأن الرهن يلزم بالقول غير صحيح ؛ لما تقدم بيانه في المبحث الأول .

الثاني : أن القول بأن الجد في القبض بمنزلة القبض غير مسلم ، فمناط اللزوم القبض ، فمتى تحقق لزم الرهن .

الراجح : الذي يظهر لي هو رجحان القول الأول ؛ لأن الرهن جائز قبل القبض ؛ لذلك كان للراهن الرجوع عنه ، بل إنه في هذه الحالة يجب لحق الغرماء، وفي إمضائه إضرار بهم ، وذلك لتخصيص أحد الغرماء بالوفاء دون بقيتهم ، فمقتضى العدل أن لا يقدم أحد من الغرماء على أحد إلا بموجب، كمن وجد عين سلعته قائمة، على ما تقدم تفصيله في أحكام المفلس في الباب الأول.

---

(١) انظر : حاشية الخرشي ١٤٣/٦ .

الفصل الخامس

الرجوع في الكفالة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع في الكفالة بالفسخ وغيره .

المبحث الثاني : الرجوع بموت أحد العاقدين .

المبحث الثالث : الرجوع بالإبراء .

الفصل الخامس

الرجوع في الكفالة

المبحث الأول

الرجوع في الكفالة[1] بالفسخ وغيره

بداية،وقبل الشروع في هذا المبحث،تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الرجوع في عقد الكفالة يختلف عن مفهومه في العقود المتقدمة ، فهو وإن اشترك معها في المفهوم الرئيسى للرجوع . وهو فسخ العقد وإنهاؤه ، إلا أن مفهومه أوسع من ذلك ، فيشمل هذا المفهوم المتقدم وغيره . نظراً لكون أطراف العقد في عقد الكفالة ثلاثة ـ الكفيل والمكفول له والمكفول عنه ـ بخلاف العقود المتقدمة ، فإن العقد فيها مركب من إرادة طرفين فقط . وبسبب هذا التعدد في عقد الكفالة اختلف مفهوم الرجوع فيه عن غيره وتعدده،ومن ذلك : رجوع الكفيل على المكفول عنه بما أدى إلى المكفول له ، وأيضاً رجوعه عليه بمطالبته بسداد دين المكفول له المتعلق في ذمته،ليتخلص الكفيل بذلك من تبعات الكفالة ؛ لذا فإن طبيعة تناول هذا المبحث ستختلف ـ باعتبار التقسيم ـ عن الطريقة التي اتبعتها في

---

(١) الكفالة في اللغة : الضمان . قال ابن الأعرابي : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد . وسمي الضامن ضمنياً وحميلا وزعيماً وكافلا وكفيلاً وصبيراً وقبيلاً .

انظر : تهذيب اللغة مادة (كفل) (١٠/٢٥٣)، لسان العرب مادة كفل (١٧/١٢٦).

وفي الاصطلاح : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق .

وفرق الشافعية بين الكفالة والضمان وكذلك الحنابلة ، فالكفالة عندهم : التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة اليه . وأما الضمان : فهو التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة .

انظر : شرح المجلة ١ ٣٣٣ . جواهر الإكليل ٢/١٠٩ ، حاشية قليوبي ٢/٣٢٣، المغني ٧/٧١.

تناول مواضيع البحث ، من أجل ذلك كله ارتأيت أن يقسم هذا المبحث على المطالب الآتية :

المطلب الأول

رجوع أحد أطراف العقد بفسخه

اتفق الفقهاء على أن عقد الكفالة لازم في حق الكفيل والمكفول عنه ، فلا يملك أحد منهما فسخه والرجوع عنه ، فالكفيل لا يملك الرجوع عن العقد لأنه عقد العقد وهو يعلم أنه لا حظ له فيه ، فلم يكن له الرجوع فيه ، لأنه دخل على بصيرة . وكذلك المكفول عنه لا يملك الرجوع لأنه لا يملك قبول الكفالة فلم يملك الفسخ لها والرجوع عنها ، أما المكفول له فإن الفقهاء اتفقوا على عدم لزوم الكفالة في حقه ، فله الرجوع فيها ، وإسقاط حقه في مطالبة الكفيل ، لأن الكفالة شرعت توثقة لحقه ، فله التنازل عن حقه متى شاء [1].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٦/١٦ ، تبيين الحقائق ١٥٠/٤ ، البحر الرائق ٣٤٢/٦ ، المقدمات الممهدات ٣٧٩/٢، جواهر الإكليل ١٦٥/٢ ، حاشية الخرشي ٣٠٩/٦ ، روضة الطالبين ٤٨٤/٣ ، مغني المحتاج ٢١٢/٣، المغنى ٨٤/٧ ، المبدع ٢٤٩/٤، كشاف القناع ٤٢٥/٣.

المطلب الثاني
رجوع الكفيل على المكفول
عنه بما أدى

اتفق الفقهاء على أن الكفالة تنتهي بأداء الدين، سواء كان الأداء من الكفيل أم من المدين ، بل حتى لو كان الأداء من أجنبي [1]. غير أن الأداء إن كان من قبل الكفيل فإنه لا يخلو من حالين : إما أن ينوي به التبرع ، فحينئذ لا حق له في الرجوع لأنه متبرع ، وإما أن ينوي الرجوع . ففي هذه الحالة لا يخلو الكفيل من أربع حالات :

الأولى : أن يضمن بإذن المضمون ، ويقضي بأمره .

إذا أدى الضامن عن المدين الحق الذي لزمه ، وكان أداؤه بأمر من المدين. وكان قد نوى الرجوع ،فالعلماء مختلفون في رجوعه على المدين على قولين :

القول الأول : إن الضامن يملك الرجوع على المدين .

وهو قول الحنفية [2] والمالكية [3] والشافعية [4] والحنابلة [5].

جاء في فتح القدير : " فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه " [6]. وفي

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٩/٦ . فتح القدير ٧ ١٧٧ . البحر الرائق ٣٧٥/٦ . المقدمات الممهدات ٣٧٨/٢، القوانين الفقهية ٢٧٩ . روضة الطالبين ٤٩٨/٣ ، المهذب ١٥١/٢ . مغني المحتاج ٢١٧/٣ ، المغني ٨٩/٧، الإنصاف ٢٠٤/٥ ، المبدع ٢٠٤/٤ ، منار السبيل ٤٦٦/٢ . حاشية ابن قاسم ١٠٧/٥ .

(٢) انظر : فتح القدير ١٧٧/٧ ، البحر الرائق ٦ ٣٧٥.

(٣) انظر : المقدمات الممهدات ٣٧٨.٢ . القوانين الفقهية ٢٧٩ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٤٩٨.٣ . مغني المحتاج ٣ ٢١٧ . حاشيتي قليوبي وعميره ٢ ٣٣١

(٥) انظر : الإنصاف ٢٠٤/٥ . المبدع ٢٠٤/٤.

(٦) ١٧٧/٧ .

المقدمات :" وإن تحمل عن الحي فادى عنه كان له الرجوع بما أدى عنه "[١]. وفي روضة الطالبين : ومنها : أن يضمن بإذنه ويزدي بإذنه فيرجع سواء شرط الرجوع أم لا " [٢]. وفي الإنصاف :" إحداها : أن يضمن بإذنه ويقضي بإذنه ـ بنية الرجوع ـ فيرجع بلا نزاع "[٣].

القول الثاني : أنه لا يرجع على المدين بشيء .

وهو قول الظاهرية [٤] .

جاء في المحلى : " لا يرجع الضامن بما أدى سواء بأمره ضمن عنه أو بغير أمره " [٥].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن للضامن الرجوع بما أدى على المدين بما يلي :

الدليل الأول : قياس الضامن على الوكيل ، بجامع أن كليهما متصرف بالإذن ، فكما جاز للوكيل أن يرجع على الموكل ، فكذلك للضامن أن يرجع على المضمون عنه [٦].

الدليل الثاني : قياس أداء الضامن على أداء الحاكم ، بجامع أن كليهما قضاء مبرئ من دين واجب ، فكما جاز للحاكم أن يرجع على الممتنع عن أداء

---

(١) ٣٧٨/٢ .

(٢) ٤٩٨/٣ .

(٣) ٢٠٤/٥.

(٤) انظر : المحلى ٣٩٦/٦ .

(٥) المصدر السابق .

(٦) انظر : الكافي ٢٣١/٢ .

الحق إذا قضى عنه ، فكذلك يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إذا قضى عنه [١].

الدليل الثالث : الضامن صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه ، وقضى بإذنه ، ولم ينو التبرع ، فكان له الرجوع [٢].

أدلة القول الثاني : استدل الظاهرية لصحة قولهم : بأن الضامن قد التزم الدين متبرعاً فتحمل ما في ذمة المدين بطيب نفسه ؛ فلم يكن له الرجوع ، لأن الحق انتقل إليه واستقر في ذمته [٣]، فالدين انتقل بالكفالة من المدين المكفول عنه إلى الكفيل، وأصبح الكفيل هو الملتزم وحده بوفاء الدين للدائن المكفول له ؛ لأن الدين بالكفالة سقط عن المدين المكفول عنه، وبرئت منه ذمته ، واستقر في ذمة الكفيل، ومن الباطل المتيقن والظلم الواضح أن يرجع الكفيل على المكفول عنه بحق قد لزمه وصار عليه واستقر في ذمته .

يناقش : بأن الضامن لم يقصد التبرع بماله حين أخرجه ، وإنما أخرجه بأمر المدين دون قصد التبرع ، فكان له الرجوع ؛ وصار كالمقرض له ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الدين الذي تعلق في ذمته المدين المكفول عنه لم يسقط عنه بالكفالة ، وإلا لما كان للمكفول له الحق في مطالبته في بذل الحق وسداد الدين ، وهذا ما لم يقل به أحد ؛ فدل على عدم صحة تلك المقدمة التي هذه نتيجتها ؛ لذلك فإن الكفيل إن كان قد كفل بأمر المكفول عنه وأدى عنه بأمره، كان له الرجوع على المكفول عنه لاستيفاء ما أداه عنه للدائن المكفول له .

---

(١) انظر : كشاف القناع ٤٣٤/٣ .

(٢) انظر : فتح القدير ١٧٧/٧ . مغني المحتاج ٣ ٢١٧ .

(٣) انظر : المحلى ٣٩٦/٦ .

الراجــح : اتضح من خــلال هـذا العرض رجحـان القـول الأول ، لقـوة أدلته ، وضعف أدلة الرأي الثاني ومناقشتها ، ولأن العلاقة بين الضامن والمديـن في هذه الصورة علاقة قرض واستقراض ، فالضامن هو المقرض ، والمدين مستقرض ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه بلا خلاف ، ولأن القول بأن الضـامن لا رجوع له على المدين في هذه الحال يـؤدي إلى امتنـاع كثير مـن النـاس عـن قبـول الكفالة ، فتتعطل بذلك المصالح المقصودة من مشروعيته ، وفي المقابل فـإن المفاسـد التي تترتب على امتناع كثير من الناس عن قبول الكفالة عظيمة ، تؤدي إلى عـدم استقرار المجتمع ، لا سيما في المجتمعات التي يكثر فيهـا الديـن ، لـذا يتعـين الأخـذ بالقول الذي يقضي برجوع الضامن في هذه الحال .

الثانية : أن يضمن بغير إذن المضمون ، ويقضي بغير أمره .

إذا أدى الضامس الدين من غير أمر المدين في الضمان ولا في الأداء، وكـان قد نوى الرجوع ، فإن الفقهاء قد اختلفـوا في رجوعـه علـى المديـن بمـا أدى علـى قولين :

القول الأول : إن الضامن لا يرجع على المدين .

وهو قول الحنفية [١]، وقول للمالكية [٢]، وقول الشافعية [٣]، وروايـة عنـد الحنابلة [٤].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٩/٦ . فتح القدير ٧ ١٧٧ ، البحر الرائق ٣٧٥/٦ .

(٢) انظر : بداية المجتهد ١٤٧٤/٤ . الفوانين ٢٧٨ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٤٩٨/٣ ، ٤٩٩ ، المهذب ١٥١/٢ ، مغني المحتـاج ٢١٧/٣ ، حاشـيتي قليوبي وعميرة ٣٣١/٢ .

(٤) انظر : المغني ٩٠/٧ ، الإنصاف ٢٠٤/٥ ، ٢٠٥ ، منار السبيل ٤٦٦/٢ .

جاء في بدائع الصنائع : " ولـو كفـل بغـير أمـره لا يرجـع عليـه " [١]، وفي بداية المجتهد : " ومالك لا يشترط ذلك ـ أي يشترط لرجوعه أن يكـون الضمـان بإذنه ـ " [٢]، وفي روضة الطالبين :" أن يضمن ويؤدي بلا إذن فلا رجـوع " [٣]، وفي الإنصاف : " و الرواية الثانية : لا يرجع " [٤].

القول الثاني : أنه يرجع على المدين وإن ضمن وأدى بغير أمره .

وهو قول للمالكية [٥]، والمذهب عند الحنابلة [٦].

جاء في القوانين الفقهية: " وكذلك ـ يرجع فيه ـ إن ضمنه بغير إذنه "[٧]. وفي الإنصاف :" إحداهما : يرجع ، وهو المذهب بلا ريب ، نص عليه " [٨].

أدلة القول الأول : استدل من قال بأن الضامن لا يرجع علـى المديـن بمـا أدى ، بما يلي :

الدليل الأول : روى البخاري، عن سلمة بن الأكـوع : أن النـبي ﷺ أتـي برجل ليصلي عليه ، فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران . قال : هل ترك لهما وفاءً ؟ قالوا : لا . فتأخر ، فقيل : لم لا تصلي عليه ؟ فقال : ما تنفعه صلاتـي

---

(١) ١٩/٦ .

(٢) ١٤٧٤/٤ .

(٣) ٤٩٨/٣ ، ٤٩٩ .

(٤) ٢٠٤/٥ ، ٢٠٥ .

(٥) انظر : القوانين الفقهية ٢٧٩ .

(٦) انظر : المغني ٩٠/٧ ، الإنصاف ٥ ٢٠٥ ، منار السبيل ٤٦٦/٢ .

(٧) ٢٧٩ .

(٨) ٢٠٥/٥ .

وذمته مرهونة ؟ ألا قام أحدكم فضمنه . فقام أبو قتادة فقال : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه النبي ﷺ [١].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه لو كان للضامن الرجوع على المدين بمجرد ضمانه من غير إذنه ما برئت ذمة الميت بضمان أبي قتادة ، ولم يصل النبي ﷺ على المتوفى لشغل ذمته عندئذ بدين أبي قتادة إذا ما أدى عنه ، ولكن النبي ﷺ قبل الأداء فدل ذلك على براءة ذمته ، وقد ضمن أبو قتادة دينه بلا إذنه [٢].

نوقش : بأن الدليل ليس في محل النزاع ، فلا يصح الاستدلال به ، لأنه تبرع بالقضاء والضمان ، وقضى دينه قصداً لتبرئة ذمته ، ليصلي عليه النبي ﷺ مع علمه بأنه لم يترك وفاء . والمتبرع لا يرجع بشيء، وإنما الخلاف فيمن نوى الرجوع[٣].

الدليل الثاني : قياس الضامن على من علف دواب غيره أو أطعم عبيده، بجامع أن كليهما متبرع ، فكما أن من علف دواب غيره أو أطعم عبيده بغير إذنه لا يرجع عليه بالنفقة ، فكذلك الضامن الذي ضمن وقضى بغير إذن المضمون عنه[٤].

يناقش : أن الكفيل إذا أدى الدين عن المكفول عنه بنية التبرع فلا رجوع له على المكفول عنه بلا خلاف بين الفقهاء ، وإنما الخلاف فيمن أدى الدين عن المكفول عنه بنية الرجوع .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب الحوالة ــ باب إن أحال دين الميت على رجل جار (٥٥/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب الضمان ــ باب وجوب الحق بالضمان (٧٢/٦).

(٢) انظر : المقدمات ٣٧٨/٢ . المغني ٧ ٩٠ .

(٣) انظر : المغني ٩٠/٧ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٦ ١٩ . فتح القدير ١٧٧/٧ ، المغني ٩٠/٧ ، المبدع ٢٠٤/٤

أدلة القول الثاني : استدل من قال بأن الضامن له الرجوع بما يلي:

الدليل الأول:قياس أداء الضامن علىأداء الحاكم، بجامع أن كليهما قضاء مبريء من دين واجب، فكما جاز للحاكم أن يرجع على الممتنع عن أداء الحق إذا قضي عنه ، فكذلك يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إذا قضي عنه (١).

يناقش : بأن قضاء الضامن بغير إذن المضمون عنه لا يبرئه من الدين الواجب،إذا قلنا بحق الضامن في الرجوع على المضمون عنه ، فالضامن وإن أبرأ المضمون عنه من الدين السابق فقد أشغله بحق لاحق ، وهو حق الضامن نفسه . ولا يمكن إشغال ذمة المضمون عنه بحق جديد بغير إذنه .

الدليل الثاني : قياس المضمون عنه على الأسير،بجامع الرجوع في كليهما، فالأسير يشتريه الرجل من العدو بغير أمره ، ويرجع عليه بالثمن ، فكذلك الضامن يرجع على المضمون عنه (٢).

نوقش هذا الاستدلال من وجهين (٣):

الجواب الأول : أن القياس غير صحيح ، لأن حكم الأصل مختلف فيه، ومن شرط القياس أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه .

الثاني : هذا قياس مع الفارق ، لأن استنقاذ الأسارى واجب على المسلمين ، أمر به النبي ﷺ بقوله : " فكوا العاني ، وأطعموا الجائع ، وعودوا المريض" (٤) ، وقضاء ديون الناس ليس بواجب عليهم .

---

(١) انظر : المغني ٩٠/٧ ، المبدع ٢٠٤/٤ .

(٢) الاشراف لابن المنذر ١٢٤/١ .

(٣) المصدر نفسه .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب الجهاد والسير ـ باب فكان الأسير (٨٣/٤) ، وأحمد في المسند (٣٩٤/٤).

الراجـــح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ، لأن الظاهر من حال الضامن في هذه الحالة التبرع ، ولأن الحكم برجوع الضامن بعد قضاء الدين بغير إذن المضمون عنه يستلزم إشغال ذمة المضمون عنه بحق بغير إذن منه ، وهذا لايجوز .

الثالثة : أن يضمن بإذن المضمون ، ويقضي بغير أمره .

إذا أدى الضامن المضمون به إلى الدائن بغير أمر من المدين ، ففي ثبوت رجوعه بما أدى على المدين خلاف بين الفقهاء .

القول الأول : إنه يرجع على المدين .

وهو المفهوم من مذهب الحنفية [١]، وقول المالكية [٢]، والصحيح عند الشافعية [٣]، وقول الحنابلة [٤].

جاء في فتح القدير ما يفهم منه إثبات حق الرجوع للضامن على المدين إن أدى بغير أمره، فقال :" فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه " [٥]. وجاء في القوانين الفقهية:" ويرجع فيه المضمون إن ضمنه بإذنه . وكذلك إن ضمنه بغير إذنه " [٦]. وفي المهذب:" فالمنصوص أنه يرجع "[٧]،وفي مغني المحتاج : " الأصح أنه يرجع"[٨].

---

(١) انظر : فتح القدير ١٧٧/٧ . البحر الرائق ٣٧٥/٦ .

(٢) انظر : المقدمات الممهدات ٣٧٨/٢ ، القوانين ٢٧٩ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٤٩٩/٣ . المهذب ١٥١/٢ ، مغني المحتاج ٢١٨/٣ .

(٤) انظر : المغني ٨٩/٧ . ٩٠ . الإنصاف ٢٠٤/٥ . المبدع ٢٥٨/٤ .

(٥) ١٧٧/٧ .

(٦) ٢٧٩ .

(٧) ١٥١/٢ .

(٨) ٢١٨/٣ .

وفي الإنصاف :" أن يضمن بإذنه ، ويقضي بغير إذنه ، يرجع أيضاً بلا نزاع"[١].

القول الثاني : إنه لا رجوع له على المدين .

وهو وجه عند الشافعية [٢]وقول الظاهرية [٣].

جاء في روضة الطالبين : " يضمن بالإذن ، ويؤدي بلا إذن ، فأوجه .. الثاني: لا " [٤]، وجاء في المحلى : " ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته أبداً بشيء مما ضمن عنه، سواء رغب في أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك [٥].

أدلة القول الأول : استدل من أعطى الضامن حق الرجوع بما أدى على المدين بما يلي :

الدليل الأول : إن إذن المدين في الضمان تضمن إذنه في الأداء ، لأن الضمان يوجب الأداء فيرجع عليه ، كما لو أذن في الأداء صريحاً [٦].

الدليل الثاني : لأن ذمة الضامن اشتغلت بالدين بإذن المضمون عنه ، فإذا استوفى منه رجع ، كما لو أعاره مالاً فرهنه في دينه وبيع في الدين [٧].

أدلة القول الثاني · استدل القائلون بأن الضامن لا يرجع على المضمون عنه بما يأتي :

---

(١) ٢٠٤/٥.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٩٩/٣ ، المهذب ١٥١/٢ .

(٣) المحلى ٣٩٧/٦ .

(٤) ٤٩٩/٣ .

(٥) ٣٩٧/٦ .

(٦) انظر : مغني المحتاج ٢١٨/٣ ، المغني ٨٩/٧ ، ٩٠ ، المبدع ٢٥٨/٤ .

(٧) انظر : المهذب ١٥١/٢.

الدليل الأول : قياس الضامن على المتبرع؛بجامع أن كليهما أدى الحق بغير إذن من عليه الحق . فكما أن المتبرع لا يرجع على المدين بقضاء دينه فكذلك الضامن [1].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، إذ إن المتبرع لا يريد الرجوع بخلاف الضامن ، فإنه ضمن الدين بنية الرجوع على المضمون عنه.

الدليل الثاني : إن المضمون عنه لم يأذن للضامن إلا في الضمان ، ولم يأذن له في الأداء فلا يرجع عليه [2].

يناقش : بأنه وإن لم يأذن له في الأداء صراحة ، فإنه قد أذن له ضمناً بإذنه في سبب الأداء وهو الضمان .

الراجح : تبين لي بعد هذا العرض أن القول الراجح من هذين القولين هو الأول ؛ بأن الضامن له الرجوع على المدين إن أدى عنه بغير أمره،وكان قد ضمن بإذنه ، لأن إذنه في الضمان متضمن إذنه في الأداء ، فالإذن في السبب إذن في المسبب ضمناً [3]. ويزول بهذا احتمال وجود نية التبرع من الضامن ، مع ملاحظة أنه يستحق ذلك إن أدى عند حلول الأجل ، وأما إن أدى قبل حلوله فالأظهر أنه لا يرجع عليه إلا إذا حل الأجل ، وفي هذه الحال يكون المضمون عنه مديناً للضامن .

الرابعة : أن يضمن بغير إذن المضمون ، ويقضي عنه بأمره .

اختلف الفقهاء في رجوع الضامن على المدين في هذه الحال على قولين :

القول الأول : إن الضامن يرجع على المدين .

---

(١) انظر : المغني ٧/٩٠

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣/٢١٨ .

(٣) انظر : القواعد للمقري ٢/٥٩٩ . والمنثور في القواعد ١/١٠٨ ، ١٠٩ .

وهو قول الحنفية [١] والمالكية [٢]، ووجه عند الشافعية [٣]، والصحيح من مذهب الحنابلة [٤].

جاء في فتح القدير : " يرجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بـأمره " [٥]، وفي المقدمات : " إن تحمل عن الحي فادى عنه ، كان له الرجوع عليـه بما ادى عنـه ، تحمل عنه بإذنه أو بغير إذنـه " [٦]، وفي المهـذب : " وإن ضمـن بغـير إذنـه وقضـى بإذنه ففيه وجهان؟ من أصحابنا من يقول يرجع " [٧]. وفي المبدع : " والثانية : أن يضمن بغير إذنه ويؤدي بأمره فله الرجوع " [٨].

القول الثاني : إنه لا برجع على المدين .

وهذا المذهب عند الشـافعية [٩]، وقـول للحنابلـة قدمـه ابـن الجـوزي [١٠]، والظاهرية [١١].

جاء في المهذب : " والثاني : لا يرجع وهو المذهب " [١٢]، وفي المبـــدع :

---

(١) انظر : فتح القدير ١٧٧/٧ . البحر الرائق ٣٧٥/٩ .

(٢) انظر : المقدمات ٣٧٨/٢ . القوانين ٢٧٩ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٤٩٩/٣ ، المهذب ١٥١/٢ ، مغني المحتاج ٢١٨/٣ .

(٤) انظر : المغني ٩٠/٧ ، الإنصاف ٢٠٤/٥ ، المبدع ٢٥٨/٤ .

(٥) ١٧٧/٧ .

(٦) ٣٧٨/٢ .

(٧) ١٥١/٢ .

(٨) ٢٥٨/٤ .

(٩) انظر : روضة الطالبين ٤٩٩/٣ ، المهذب ١٥١/٢ . مغني المحتاج ٢١٨/٣.

(١٠) انظر : الإنصاف ٢٠٤/٥ , والمبدع ٢٥٨/٤ .

(١١) انظر : المحلى ٣٩٦/٦ .

(١٢) ١٥١/٢ .

"وعنه : لا رجوع اختاره أبو محمد الجوزي " [١]. وجاء في المحلى : " ولا يرجع الضامن بما أدى سواء بأمره ضمن عنه أوبغير أمره "[٢].

دليل القول الأول : إن الضامن أدى دين المدين بأمره فكان لـه الرجوع إليه ، أشبه ما لو لم يكن ضامناً [٣].

دليل القول الثاني : إن المدين قد لزمه الدين ـ للضامن ـ بغير إذنه ، فلم يؤثر فيه إذنه في قضائه ، لأن الأداء مستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة [٤].

ويناقش : بأن نفي التأثير غير مسلم ، بل الحقيقة أن له تأثيراً، لأنه حينئذ يكون كالمقرض له ، والمقرض يرجع ـ بلا خلاف ـ بما أقرض على المستقرض.

الراجح : اتضح من خلال عرض دليل كلا الفريقين وجاهة القول الأول؛ لأن الضامن قد أخرج ماله بأمر غيره،فكان له الرجوع كالمقرض ، فإن المقرض له الرجوع بما أقرض ، لأنه أخرج ماله بأمر المستقرض فاستحق بذلك الرجوع .

مسألة : هل يشترط في الحالات التي يثبت للضامن حق الرجوع بما أدى على المدين أن يضيف المدين ـ المضمون عنه ـ الضمان إلى نفسه، بأن يقول : اكفل عني أو ما يقوم مقامها ، أم أن هذا الشرط غير معتبر ، فيكون للضامن الرجوع في الحالات التي يثبت له فيها حق الرجوع ، وإن لم يضف المدين الضمان إلى نفسه؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

---

(١) ٤/٢٥٨ .

(٢) ٦/٣٩٦ .

(٣) انظر : المغني ٧/٩٠ ، المبدع ٤/٢٥٨ .

(٤) انظر : مغني المحتاج ٣/٢١٨ ، المغني ٧/٩٠ .

القول الأول : إنه لا رجوع للضامن في هذه الحال .

وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن [١]، وقول الشافعية[٢] .

جاء في بدائع الصنائع:" ومنها: إضافة الضمان إليه بأن يقول : اضمن عني، ولو قال : اضمن كذا،ولم يضف إلى نفسه لا يرجع " [٣]، وفي روضة الطالبين : "لابد من صيغة دالة على التزام ، كقوله : ضمنت لك مالك على فلان..." [٤].

القول الثاني : أن له الرجوع مطلقاً،سواء كان الضمان بلفظ " عني " وما يقوم مقامها أم لا .

وهو مقتضى مذهب المالكية [٥]ـ حيث لم يصرحوا بذكر هذا الشرط ، بل أطلقوا عند حكمهم بالرجوع ـــ . وهو المنصوص عند الحنابلة [٦]، وقول أبي يوسف من الحنفية [٧] .

جاء في المبدع : " يرجع سواء قال: اضمن عني وأدِّ عني، أوأطلق " [٨]، وفي فتح القدير : " وقال أبو يوسف : يرجع " [٩].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الضامن لا حق له في الرجوع بما يلي :

---

(١) انظر: بدائع الصنائع٦/١٩. فتح القدير ٧/١٧٧ ، البحر الرائق ٦/٣٧٤ ، المبسوط ٢٠/٧٣.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٣/٤٩٢ .

(٣) ٦/١٩ .

(٤) ٣/٤٩٢ .

(٥) انظر : المقدمات ٢/٣٨٧ ، القوانين ٢٧٩ .

(٦) انظر : المغني ٧/٨٩ ، المبدع ٤/٢٥٧ .

(٧) انظر : فتح القدير ٧/١٧٧

(٨) ٤/٢٥٧ .

(٩) ٧/١٧٧ .

الدليل الأول : إن الكائن مجرد الأمر بالضمان لا الإعطاء ، وهو محتمل لأن يكون القصد منه أن يرجع عليه إذا أدى . ولأن يكون القصد منه طلب تبرعه بذلك ، فلا يلزم المدين مع هذا الاحتمال [١].

يناقش : بأن مطلق الاحتمال لا يعتبر مسقطاً للدليل أو التعليل ، وإلا لتعطل كثير من النصوص الشرعية لورود الاحتمال عليها ، ولكن الاحتمال المؤثر على اعتبار الدليل أو التعليل هو الاحتمال المساوي للاحتمال الذي يقابله ، وبهذا يتضح عدم صحة إطلاق" إذا ورد الاحتمال على الدليل بطل الاستدلال به "، ولكنها تقيد بما إذا كان الاحتمال مساويا للآخر .

الدليل الثاني : لأنه إذا لم يضف إليه فالكفالة لم تقع إقراضاً إياه ، فلا يرجع إليه [٢].

يناقش : بأن الكفالة إذا انعقدت بأي صيغة ، وأدى الضامن عنه فإنه يكون مقرضاً له مطلقاً إلا إن نوى التبرع . فلا رجوع حينئذ .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الضامن له الرجوع بما يلي:

الدليل الأول : إن الضامن دفع وضمن بأمره فكان له الرجوع ؛ أشبه ما لو كان مخالطاً له ، وعند أصحاب القول الأول إن الخليط يرجع بالإجماع وإن لم يقل عني [٣] .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٩/٦ .

(٣) انظر : المغني ٨٩/٧ . المبدع ٢٥٧/٤ . والخليط : هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده أو الاستجرار منه . ويشمل الخليط الحقيقي والحكمي ، كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات فأخذ من تركته . البحر الرائق ٣٧٤/٦ .

الدليل الثاني: لأنه أوجد القضاء بناء على الأمر، فلابد من اعتبار الأمر فيه، واعتباره يقتضي أن يكون نائباً عنه في الأداء. وإن لم يكن الضمان بلفظ "عني"[١].

الراجــح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولـين هـو القـول الثـاني ، والذي يقضي بصحة رجوع الضامن على المدين، ولو لم يضف الضمان إلى نفسه ، لما تقدم ، ولحديث أبي قتادة السابق ، فـإن المضمـون عنـه ميـت ومـع ذلـك صـح الضمان .

---

(١) انظر : المغني ٨٨/٧ ، المبدع ٢٥٧/٤ .

المطلب الثالث

رجوع الكفيل على المكفول عنه

بمطالبته بالسداد

اتفق الفقهاء على أن الضامن لا حق له في الرجوع على المدين إلا بعد أن يؤدي الضامن المضمون به، على ما سبق تفصيله في المبحث السابق [١]. أما إذا لم يؤد الضامن المضمون به ، وكان المال حالاً . فهل له حينئذ الحق في الرجوع عن الضمان، وذلك بمطالبة المدين بالأداء وتخليصه من الكفالة ، أم أنه لا حق له في الرجوع ؟

إذا طالب الكفيل المدين بدفع ما عليه من حق للدائن ، فإن الكفيل لا يخلو من حالين :

الحال الأولى : أن يضمن بغير إذن المدين ، ففي هذه الحال اتفق الفقهاء على أنه لا حق له في الرجوع على المدين في المطالبة بالأداء ، لأنه لم يسلط عليه[٢].

الحال الثانية : أن يضمن بإذن المدين ، وهذه الحال لا تخلو من أمرين :

الأمر الأول : أن يطالبه الدائن بالإداء .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٩/٦ ، تبيين الحقائق ١٥٦/٤ ، فتح القدير ١٧٩/٧ ، البحر الرائق ٣٧٧/٦ ، مواهب الجليل ٤٥/٧ . حاشية الخرشي ٣١٨/٦ ، حاشية الدسوقي ٥٥١/٥ . جواهر الإكليل ١٦٨/٢ . روضة الطالبين ٣ ٤٩٧ . مغني المحتاج ٢١٦/٣ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ ، الإنصاف ٣٠٢/٥ ، المبدع ٤ ٢٥٧ .

(٢) المصادر السابقة .

اتفق الفقهاء على أن الضامن له الحق في الرجوع على المدين ومطالبته بتخليصه من الكفالة بأداء ما عليه من حق للدائن ، لأن مجرد الضمان يوجب للضامن حقاً على المدين [١].

جاء في تبيين الحقائق : " اعلم أن الكفيل إذا طولب طالب الأصيل " [٢]، وفي الشرح الكبير : " وكذا له طلب المضمون بدفع ما عليه عند الأجل " [٣]، وفي مغني المحتاج : " إذا طالب المستحق الضامن بالدين فله مطالبة الأصيل " [٤]، وفي الإنصاف : " إذا طولب الضامن ... فله مطالبته بتخليصه على الصحيح من المذهب "[٥].

الأمر الثاني : إذا لم يطالبه الدائن بالأداء .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : لا حق للكفيل في مطالبة المدين إذا لم يطالبه الدائن .

وهو قول الحنفية [٦]، والأصح عند الشافعية [٧]، والصحيح من مذهب الحنابلة [٨].

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) ١٥٦/٤ .

(٣) ٥٥١/٥ .

(٤) ٢١٦/٣ .

(٥) ٢٠٣/٥ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع ١٩/٦ . تبين الحقائق ١٥٦/٤ ، البحر الرائق ٣٧٧/٦ ، مجمع الأنهر ١٨٥/٣.

(٧) انظر : روضة الطالبين ٤٩٧/٣ ، مغني المحتاج ٢١٦/٣ .

(٨) انظر : الإنصاف ٥ ٢٠٣ . المبدع ٢٥٧/٤ .

جاء في بدائع الصنائع : " لا يملك الضامن الرجوع قبل الأداء " [١]، وفي روضة الطالبين : " ليس له مطالبته قبل أن يطالب على الأصح " [٢]، وفي الإنصاف: " وإن لم يطالب الضامن : لم يكن له مطالبته بتخليصه على الصحيح . قدمه في الفروع " [٣].

القول الثاني : للكفيل الرجوع على المدين في المطالبة بالأداء .

وهو قول المالكية [٤]، وقول للشافعية [٥]، وقول للحنابلة [٦].

جاء في حاشية الدسوقي ما نصه : " وكذا له مطالبة المضمون ولو سكت رب الدين عن الطلب به " [٧]، وفي مغني المحتاج : " وقبل أن يطالب ... الثاني : يطالب بتلخيصه "[٨]،وفي الإنصاف: إذا لم يطالب الضامن ...، وقيل: له ذلك"[٩].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأنه لا رجوع للضامن على المدين بما يلي :

الدليل الأول : لأن الضامن إنما التزم المطالبة بعقد الضمان ، ولا يتملك الدين إلا بالأداء ، لأن معنى الإقراض والتمليك لا يتحقق إلا بأداء المال ، فلا يملك الرجوع قبله [١٠].

---

(١) ١٩/٦ .
(٢) ٤٩٧/٣ .
(٣) ٢٠٣/٥ .
(٤) انظر : مواهب الجليل ٤٥/٧ . حاشية الخرشي ٣١٨/٦ . حاشية الدسوقي ٥٥١/٥.
(٥) انظر : مغني المحتاج ٢١٦/٣ . نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ .
(٦) انظر : الإنصاف ٢٠٣/٥ . المبدع ٢٥٧/٤ .
(٧) ٥٥١/٥ .
(٨) ٢١٦/٣ .
(٩) ٢٠٣/٥ .
(١٠) انظر : بدائع الصنائع ١٩/٦ . تبيين الحقائق ١٥٥/٤ ، البحر الرائق ٣٧٧/٦ .

الدليل الثاني : إن الضامن لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته . لم يكن له المطالبة به قبل أن يطالب المضمون له المدين به [١].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الضامن له أن يرجع على المدين في المطالبة بالأداء بما يلي :

الدليل الأول : لأن هذا الحق لزمه من جهته وبأمره ، فجاز له مطالبته بإخلاء ذمته [٢].

يناقش : بأن الضامن وإن كان التزامه بالكفالة كان من جهة المضمون عنه وبأمره ، إلا أنه قد دخل في هذا الالتزام وهو يعلم أنه لا حظ له فيه ، وكان دخوله بمحض إرادته واختياره ، لذا لم يكن له الحق في الرجوع عنه ، وذلك بمطالبة المدين بأداء الدين لتنتهي بذلك الكفالة .

الدليل الثاني : القياس على الرهن ، فكما أنه لو استعار عيناً للرهن ورهنها كان للمالك مطالبته بفكها ، فكذلك الضمان [٣].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن العين المعارة لا تملك بالإعارة وذلك باتفاق الفقهاء ، وإنما الذي يملك فيها المنفعة فقط ، فلم يكن للمستعير أن يتصرف في العين المعارة بنحو هذا التصرف ، وقد اعتبر كثير من الفقهاء ، أن هذا التصرف يعتبر رجوعاً من المستعير في العارية ، في حين أن المعير له أن يرجع في عاريته في أي وقت شاء ، فتكون المطالبة بذلك حقاً ثابتاً بأصل الشرع بخلاف الضمان .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٥٥/٤ ، فتح القدير ١٧٩/٧ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢١٦/٣ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ .

(٣) المصادر السابقة .

(٣٨٤)

الراجـــح : تبين لي مما سبق رجحان القول الأول : بأن الضامن لا حـق لـه في الرجوع بمطالبة المدين بأداء الدين ، ليتخلص بذلك من تبعات الضمان ، إلا أن خشي وقوع الضرر عليه من نحو إفلاس المدين ، فإنه يجوز له مطالبته ليخلص نفسه من مسئولية الغرم ، فالضامن مادام أنه لم يلحقه ضرر بسبب عدم أداء المدين للحق الذي لزمه ، فإنه لا يرجع على المدين في مطالبته بالأداء .

المبحث الثاني

الرجوع بسبب المـوت

المطلب الأول

الرجوع بسبب موت الكفيل

اتفق الفقهاء على أن موت الكفيل في كفالة المال لا يسبب انحلال عقد الكفالة ، وينتقل الضمان إلى ورثة الكفيل ، ويكون للدائن أن يرجع إلى ورثة الكفيل لاستيفاء حقه منهم ؛ وذلك لأن مال الكفيل ـ بعد موته ـ يصلح لاستيفاء الحق منه ، فيطالب به الوارث ، لأن الوارث يقوم مقام الميت ، وترجع ورثة الكفيل على المدين بعد الأداء على ما تقدم تفصيله [(١)].

وأما موت الكفيل في الكفالة بالنفس ، فإن الفقهاء قد اختلفوا في كونه سبباً لانحلال العقد على قولين :

القول الأول: إن الكفالة تنحل ، فيرجع الدائن على المدين فقط .

وهو قول الحنفية [(٢)]، والشافعية [(٣)] .

جاء في تبيين الحقائق : " وتبطل بموت المطلوب والكفيل " [(٤)]، وفي روضة الطالبين : " ولو مات الكفيل بطلت الكفالة " [(٥)].

القول الثاني : إنها لا تنحل ، فيكون للدائن الرجوع على ورثة الكفيل .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٦/٦ ، تبيين الحقائق ١٤٩/٤ ، فتح القدير ١٦١/٧ ، المقدمات ٣٧٩/٢، بداية المجتهد ١٤٧٧/٤ ، مغني المحتاج ٢١٢/٣ ، نهاية المحتاج ٤٥٣/٤ ، المبدع ٢٦٦/٤ ، حاشية ابن قاسم ١١٢/٥.

(٢) انظر : المبسوط ٣٢/٢ ، تبيين الحقائق ١٤٩/٤ ، فتح القدير ١٦١/٧

(٣) انظر : روضة الطالبين ٤٩١/٣ ، مغني المحتاج ٢١٢/٣ ، نهاية المحتاج ٤٥٣/٤

(٤) ١٤٩/٤ .

(٥) ٤٩١/٣ .

وهو قول المالكية [١] والحنابلة [٢].

جاء في مواهب الجليل : " إن الحمالة لا تسقط بموت المديان مطلقاً سواء مات في بلده أو في بلد غيره من غير تفصيل " [٣]، وفي حاشية ابن قاسم :" ولا يبرأ كفيل إن مات " [٤].

دليل القول الأول : استدل من قال بانحلال عقد الكفالة بالنفس بموت الكفيل؛ بأن الغرض من الكفالة بالنفس تسليم المكفول بنفسه ، وإن مات الكفيل انعدم بموته هذا الغرض ، فينحل العقد بفوات الغرض ، ولا يمكن أن يتحمل ورثة الكفيل ذلك ، لأنهم لم يلتزموا للمكفول له بشيء [٥].

دليل القول الثاني : استدل القائلون بعدم انحلال الكفالة بموت الكفيل: بالقياس على كفالة المال ، فكما أن موت الكفيل في كفالة المال لا ينحل به عقد الكفالة فكذلك الكفالة بالنفس لا تنحل [٦].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، وذلك لأن الكفالة بالمال إذا مات الكفيل فيها فإن ماله يصلح لإبقاء الحق ، لأن الغرض هو إبقاء حق المكفول له بالمال ، ومال الكفيل يصلح لذلك ، أما في كفالة النفس ، فإن الكفيل التزم بإحضار المكفول له بنفسه ، وبموته تنقطع قدرته على الإحضار ، ولا تكلف ورثته بشيء لم يلتزموا به .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٦٠/٧ ، ٦١ ، حاشية الخرشي ٣١٥/٦ .

(٢) انظر : الإنصاف ٢١٥/٥ ، المبدع ٢٦٦/٤ ، حاشية ابن قاسم ١١٢/٥ .

(٣) ٦٠/٧ ، ٦١ .

(٤) ١١٢/٥ .

(٥) انظر : مغني المحتاج ٢١٢/٣ .

(٦) انظر : المبدع ٢٦٦/٤ ، حاشة ابن قاسم ١١٢/٥ .

الراجح : الذي يظهر لي هو التفريق بين حالين لا يخـرج عنهمـا الكفيـل ، وهما؛ الحال الأولى : إذا لم يفرط الكفيـل أويتسـاهل في إحضـار المكفـول ، ففـي هذه الحال يبرأ الكفيل ، ويرجع الدائن على المدين لاستيفاء حقـه ، الحـال الثانيـة: إذا فرط الكفيل أو تساهل في حياته فإنها تلزم في تركته؛حماية لحق الدائن،هذا إذا لم ترض ورثة الكفيل بالتزام ما التزم به مورثهم ، أما إن رضوا بذلك انتقل إليهم ولا يكون للمكفول له سبيل إلى تركة الكفيل ، ولعل في هذا جمعاً بين القولين .

المطلب الثاني

الرجوع بسبب موت المكفول عنه

اتفق الفقهاء على أن موت المكفول عنه في كفالة المال لا يسبب انحلالها ، فللدائن الرجوع على ورثة المكفول لاستيفاء حقه منهم ، لأن مال المكفول عنه ـــ بعد موته ـ يصلح لاستيفاء الحق منه ، كما أن الكفيل له الرجوع عليهم إذا أدى ما لزم المكفول عنه من حق إلى الدائن [١]. وأما موته في الكفالة بالنفس ، فإن الفقهاء مختلفون في انحلالها بسببه على قولين :

القول الأول : إن الكفالة تنحل بموت المكفول ، ويرجع الدائن إلى ورثة المدين لاستيفاء حقه منهم .

وهو قول الحنفية [٢]، والمالكية [٣]، والشافعية [٤]، والحنابلة [٥].

جاء في تبيين الحقائق : "وتبطل بموت المطلوب " [٦]، وفي مواهب الجليل : "وأما موت الغريم ولو بغير بلده . فمن المدونة قال ابن القاسم : وإذا مات الغريم بريء حميل الوجه " [٧]. وفي المهذب : " وإن تكفل ببدن رجل فمات المكفول به

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٨/٦ . تبيين الحقائق ١٤٩/٤ ، فتح القدير ١٦١/٧ ، بداية المجتهد ١٤٧/٤ ، مواهب الجليل ٦٠/٧ . المهذب ١٥٥/٢ ، روضة الطالبين ٤٩١/٣ ، مغني المحتاج ٢١١/٣ ، نهاية المحتاج ٤٥١/٤ ، المغنى ١٠٥/٧ ، الإنصاف ٢١٥/٥ ، المبدع ٢٦٦/٤ ، منار السبيل ٤٦٩/٢ ، حاشية ابن قاسم ١١٢/٥ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٤٩/٤ . فتح القدير ١٦١/٧ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٦٠/٧ .

(٤) انظر : المهذب ١٥٥/٢ . روضة الطالبين ٤٩١/٣ . معني المحتاج ٢١١/٣ .

(٥) انظر : المغني ١٠٥/٧ . الإنصاف ٢١٥/٥ .

(٦) انظر : ١٤٩/٤ .

(٧) ٦٠/٧ .

بريء الكفيل "[١]، وفي الإنصاف : "وإن مات المكفول به بريء الكفيل على الصحيح من المذهب "[٢].

القول الثاني : إن الكفالة لا تنحل ، فيكون للدائن الرجوع إلى الكفيل لاستيفاء حقه منه ، وللكفيل الرجوع على ورثة المكفول بما أدى عنه .

وهو وجه للشافعية [٣]. وقول عند الحنابلة [٤].

جاء في المهذب : " وقال أبو العباس : يلزمه ما على المكفول من الدين.."[٥]، وفي الإنصاف : " وقيل : لا يبرأ مطلقاً فيلزمه الدين " [٦].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بانحلال عقد الكفالة بالنفس بموت المكفول : بأن الحضور سقط عن المدين لموته فبريء الكفيل ، لأنه التزم إحضاره ، وإحضاره معجوزٌ عنه عجزاً مستمراً ، فيبرأ الكفيل من الكفالة [٧].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بعدم انحلال عقد الكفالة . وإن الكفيل لا يبرأ بموت المكفول في الكفالة بالنفس بما يلي :

الدليل الأول : القياس على الرهن بجامع أن كليهما وثيقة بحق ، فإذا تعذر الوفاء من جهة من عليه الحق استوفي من هذه الوثيقة ، فيستوفى من الكفيل كما يستوفى من الرهن [٨].

---

(١) ١٥٥/٢ .

(٢) ٢١٥/٥ .

(٣) انظر : المهذب ١٥٥/٢ . مغني المحتاج ٢١١/٣ .

(٤) انظر : الإنصاف ٢١٥/٥ . حاشية ابن قاسم ١١٢/٥.

(٥) ١٥٥/٢ .

(٦) ٢١٥/٥.

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٦/ ١٨ . فتح القدير ١٦١/٧ ، مواهب الجليل ٦٠/٧ ، المغني ١٠٥/٧.

(٨) انظر : روضة الطالبين ٣/ ٤٩١ . المهذب ١٥٥/٢ .

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن العين المرهونة قد شغلت بالمال ، بخلاف ذمة الكفيل ، فهي مشغولة بإحضار المكفول عنه فحسب ، وقد تعذر ذلك بموته. ثم إن المقيس عليه هنا عين والمقيس عليه ذمة ، فلا يصح أن يسوّى بينهما في الأحكام [١].

الدليل الثاني : قياس موت المدين على غيابه؛بجامع أن كليهما تعذر إحضاره فيها ، فلزم كفيله ما عليه [٢].

ونوقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الغائب لم يتعذر إحضاره ، ولم يعجز عنه عجزاً مستمراً؛بخلاف الميت فإنه يتعذر إحضاره تعذراً مستمراً [٣].

والراجح : الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ؛ لأن الكفيل إنما التزم احضار المكفول بنفسه ، وتعذر ذلك بسبب موته ، ولأن ما التزم من أجله سقط عن الأصل فبريء الفرع .

---

(١) انظر : المغني ١٠٥/٧ .

(٢) انظر : المبدع ٢٦٦/٤ .

(٣) انظر : المغني ١٠٥/٧

المطلب الثالث

الرجوع بسبب موت المكفول له

اختلف الفقهاء في بقاء الكفالة مع موت المكفول له ـ سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس ـ على قولين :

القول الأول : إن الكفالة باقية ، ولورثة المكفول له الرجوع على الضامن لاستيفاء حق مورثهم منه .

وهو قول الحنفية [١]، والشافعية [٢]، والحنابلة [٣].

جاء في فتح القدير : " ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل ، فإن لم يكن فلوارثه" [٤]، وفي مغني المحتاج :" ولو مات المكفول له لم تبطل ويبقى الحق لورثته " [٥]، وفي حاشية ابن قاسم : " ولا يبرأ كفيل إن مات هو ، أو مكفول له " [٦].

القول الثاني: إن الكفالة تنحل ، ولورثة الدائن الرجوع على المدين فقط.

وهو وجه للشافعية [٧].

جاء في روضة الطالبين : " في موت المكفول له أوجه ... والثاني : تبطل ــ أي الكفالة [٨].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٤٩/٤ ، فتح القدير ١٦١/٧ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٩٢/٣ ، مغني المحتاج ٢١٢/٣ .

(٣) انظر : المغني ١٠٥/٧ ، حاشة ابن قاسم ١١٢/٥.

(٤) ١٦١/٧.

(٥) ٢١٢/٣ .

(٦) ١١٢/٥ .

(٧) انظر : روضة الطالبين ٤٩٢/٣ ، مغني المحتاج ٢١٢/٣ ، نهاية المحتاج ٤٤٥/٤ .

(٨) ٤٩٢/٣ .

دليل القول الأول : استدل القائلون ببقاء الكفالة مع موت المكفول له : بأن الكفالة حق من حقوق الميت فيرثه عنه ورثته ، كسائر الحقوق [١].

دليل القول الثاني : استدل القائلون بزوال الكفالة وانتهائها بموت المكفول له : بأن الكفالة بالنفس ضعيفة فلا يحكم بثبوتها ، وهذا من جهة القياس على اعتبار أن الحر لا يدخل تحت اليد [٢].

والراجح : هو القول الأول : لأن الوارث يرث حقوق مورثه ، والعقد حق للمكفول له ، فيرثه عنه ورثته كسائر الحقوق ، فلا يكون حينئذ لموت المكفول له أثر على التزام الكفيل بل التزامه باق كما كان قبل الموت ، فيرجع ورثة المكفول له على الكفيل لاستيفاء الحق منه .

---

(١) انظر : فتح القدير ١٦٢/٧ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ١٤٥/٤ .

المبحث الثالث

الرجوع بالإبــراء(١)

تقدم فيما سبق بيان أن الكفالة شرعت توثقة لحق المكفول له ، وأن المكفول له هو صاحب الحق ، ولصاحب الحق أن يتنازل عن حقه الذي لزم المكفول، وحق المطالبة بالأداء الذي لزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة .

فإذا أبرأ المكفول له الكفيل أو المكفول ، فهل يخرج الكفيل عن الكفالة بمجرد الإبراء ، سواء كان الإبراء له أو للمكفول . ويسقط حق المكفول له بالمطالبة بسبب إسقاطه ، فلا يكون له الرجوع على الكفيل ؟ وكذا المكفول هل تبرأ ذمته بإبراء المكفول له مطلقا ، سواء كان إبراء المكفول له واقعاً له أو للكفيل. وبالتالي لا يرجع المكفول له على المكفول ؟ أم أنه إن أبرأ الكفيل فإن ذلك لا يعني سقوط الحق الثابت في ذمة المكفول ؟

أولاً : إبراء المكفول عنه .

اتفق الفقهاء على أن المكفول له إذا أبرأ المكفول عنه فإن ذلك منهٍ للكفالة فيزول بذلك حق المكفول له في الرجوع على الكفيل بالمطالبة بالأداء ، وكذلك حقه في الرجوع على المكفول عنه (٢).

---

(١) الإبراء في اللغة : مصدر الفعل أبرأ . يقال : أبرأه الله من مرضه إبراء ، ومن معاني الإبراء التباعد عن الشيء ومزايلته . تقول : برأته من العيب جعلته بريئاً منه ، وبريء زيد من دينه سقط عنه طلبه .

انظر : لسان العرب مادة (برىء) (١/٢٤٠) ، المصباح المير مادة (برىء) (١٨).

وفي الاصطلاح : إسقاط الرجل حقا له في ذمة آخر .

انظر : فتح القدير ٣٥٦/٣ . حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٧/٣

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٦/٦ . البحر الرائق ٣٦٢/٦ . مواهب الجليل ٤٣/٧ . جواهر الإكليل ١٦٧/٢ ، حاشية الخرشي ٣١٤/٦ ، روضة الطالبين ٤٩٦/٣ . =

أما سقوط حقه في الرجوع على المكفول ، فلأن الحق الثابت في ذمة المكفول حق له ، ويملك إسقاطه . فسقط بإسقاطه له [١].

وأما سقوط حقه في الرجوع على الكفيل بالمطالبة بالأداء ، فلأن الكفيل تبع ووثيقة ، فإذا بريء المكفول زالت الوثيقة كالرهن ، ولأن الدين على الأصيل لا على الكفيل ، وإنما عليه حق المطالبة ، فكان في إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته . فإن سقط الدين عن ذمته يسقط حقه في المطالبة ضرورة ؛ لأن المطالبة بالدين ، فلا يتصور وجودها بدون دين [٢].

ثانياً : إبراء الكفيل .

اتفق الفقهاء على أن المكفول له إذا أبرأ الكفيل بريء الكفيل فقط ، وأما المكفول فلا تبرأ ذمته بهذا الإبراء ، وذلك لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، والذي على الكفيل إنما هوحق المطالبة ، وسقوط حق المطالبة لا يلزم منه سقوط الدين ، فلا يلزم من عدم المطالبة عدم الدين ؛ ولأن براءة الفرع لا تستلزم براءة الأصل ، لأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الأصيل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء [٣].

وبناء على ما تقدم ، فإن إبراء المكفول عنه يكون فيه سقوط الحق الذي لزمه ، وذلك لأن الحق قد أسقطه من يملك إسقاطه ، ويلزم من براءة ذمة المكفول

= مغني المحتاج ٢١٦/٣. نهاية المحتاج ٤٥٩/٤ . المبدع ٢٤٩/٤ ، الإنصاف ١٩٢/٥ ، حاشية ابن قاسم ١٠١/٥ ، منار السبيل ٤٦٦/٢.

(١) انظر : المهذب ١٥٠/٢ ، المغني ٨٧/٧ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٦/٦ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٦/٦ ، البحر الرائق ٣٧٩/٦ ، مواهب الجليل ٤٣/٧ ، جواهر الإكليل ١٦٧/٢ ، حاشية الخرشي ٣١٤/٦ ، المهذب ١٥٠/٢ ، ١٥١ ، روضة الطالبين ٤٩٦/٣ ، مغني المحتاج ٢١٦/٣ ، نهاية المحتاج ٤٥٩/٤ ، المغني ٨٧/٧ ، الإنصاف ١٩٢/٥ ، المبدع ٢٤٩/٤ .

عنه سقوط حق المطالبة عن الكفيل ، وبهذا فلا رجوع للمكفول له على أحدهما بعد هذا الإبراء .

أما إبراء الكفيل . فإنه وإن كان فيه براءة الكفيل ، إلا أنه لا يلزم منه براءة ذمة المكفول عنه من الحق الذي عليه ، فيكون للمكفول له الرجوع على المكفول عنه لاستيفاء حقه منه .

الفصل السادس

الرجوع في الحوالة

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع بسبب فلس المحال عليه .

المبحث الثاني : الرجوع بسبب موت المحال أو المحال عليه.

المبحث الثالث: الرجوع بالإبراء .

الفصل السادس

الرجوع في الحوالة(١)

المبحث الأول

الرجوع بسبب فلس المحال عليه

إذا تمت الحوالة وانعقدت ، وأحيل من له الحق على مليء ، واستوفى منه حقه ، فإن الحوالة تنتهي بذلك ، ولكن قد يتعذر على من له الحق استيفاء حقه من المحال عليه بسبب إفلاسه ، فهل في هذه الحالة يرجع المحال على المحيل فيستوفي حقه منه ، أم أنه لا حق له في الرجوع ، فتبقى الحوالة ، ويكون له مطالبة المحال عليه ؟

هذه المسألة لا تخلو من حالين ؛ فإن المحال إما أن يكون راضياً بالحوالة ، أو غير راض .

الحال الأولى : إذا لم يكن المحال راضياً بالحوالة .

إذا أحيل من له الحق على آخر ولم يك راضياً بالحوالة ، فتبين له بعد ذلك أن المحال عليه مفلس ، فإن ذلك لا يخلو من حالين :

الأولى : أن يكون إفلاس المحال عليه قبل الحوالة .

---

(١) الحوالة في اللغة : من حال الشيء حولا وحؤولا : تحول . وتحول من مكانه : انتقل عنه . وحولته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع .
انظر : القاموس المحيط مادة (حول) ١٣٠٩/٢.
وفي الاصطلاح : نقل الدين من ذمة إلى ذمة .
انظر: البحر الرائق ٤١٠/٦ ، حاشية الخرشي ٢٩٢/٦ ، مغني المحتاج ١٩٠/٣ ، حاشية ابن قاسم ١٢٠/٥.

ففي هذه الحال تنحل الحوالة ، ويرجع المحال على المحيل لاستيفاء حقه ، وهذا باتفاق الفقهاء [١].

وذلك لأن شرط الرضا لم يتحقق عند من يشترط رضا المحال ، وأما من لم يشترط رضاه فقد قال: إنه أحيل على غير مليء ، والحوالة لا تكون إلا على مليء بنص حديث أبي هريرة : " إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع " [٢].[٣]

الثانية : أن يكون إفلاسه طارئاً بعد الحوالة .

فالفقهاء في هذه الحالة اختلفوا على قولين :

القول الأول : إن الحوالة تنحل بإفلاس المحال عليه الطاريء بعد الحوالة ، فيرجع المحال على المحيل .

وهو قول الحنفية [٤] والمالكية [٥] والشافعية [٦] والحنابلة [٧].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٦ ٢٤ ، فتح القدير ٢٢٢/٧ ، بداية المجتهد ١٤٧٩/٤ ، القوانين الفقهية ٢٨٠ ، مواهب الجليل ٢٨/٧ ، حاشية الخرشي ٢٩٢/٦ ، روضة الطالبين ٤٦٢/٣ . مغني المحتاج ١٩٠/٣ ، نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ ، المغني ٦٠/٧ ، الإنصاف ٢٢٧/٥ ، المبدع ٢٧٣/٤ ، حاشية ابن قاسم ١٢٠/٥ ، المحلى ٣٩٢/٦ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب الحوالات ــ باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة (١٢٣/٣) ، ومسلم في صحيحه ــ كتاب المساقاه ــ باب تحريم مطل الغني ، وصحة الحوالة . واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء (١١٩٧/٣).

(٣) اختلف الفقهاء ــ في مدى اشتراط رضا المحال في عقد الحوالة ، على قولين : فذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه يشترط رضا المحال ، بينما ذهب الحنابلة والظاهرية إلى عدم اشتراطه . انظر: بدائع الصنائع ٢٤/٦ . القوانين الفقهية ٢٨٠ ، مغني المحتاج ١٩٠/٣ . الإنصاف ٢٢٧/٥ ، المحلى ٣٩٢/٦.

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢٤/٦ ، فتح القدير ٢٢٢/٧ .

(٥) انظر : بداية المجتهد ١٤٧٩/٤ ، مواهب الجليل ٢٨/٧ ، حاشية الخرشي ٢٩٢/٦ .

(٦) انظر : روضة الطالبين ٣ ٤٦٢ ، مغني المحتاج ١٩٠/٣ .

(٧) انظر : الإنصاف ٢٢٧/٥ ، المبدع ٢٧٣/٤ .

القول الثاني : لا تنحل الحوالة بإفلاسه الطاريء بعد الحوالة .

وهو قول الظاهرية [١].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بانحلال عقد الحوالة بفلس المحال عليه الطاريء ، بما يلي :

الدليل الأول : إن رضا المحال لم يتحقق ، فالحوالة حينئذ لا تلزمه ، وهذا عند من اشترط رضاه [٢].

الدليل الثاني : إن المحال قد أحيل على غير مليء ، فلا يلزمه الاحتيال ، وذلك بنص الخبر ، فقد أفاد أن المحال لا يلزمه أن يتبع المحال عليه إلا إن كان مليئاً، وهنا قد أحيل على غير مليء فلا يلزمه قبولها . ولأن في الإلزام بقبول الحوالة والحال هذه ضرراً على المحال ، والضرر منفي شرعاً[٣].

أدلة القول الثاني : استدل ابن حزم على القول بعدم انحلالها بذلك : بأن المحال قد أمر باتباع المحال عليه ، فلا يجوز له اتباع غيره ، والمحال عليه وقت الحوالة كان مليئاً ، فصح أمر الحوالة ، وسقط الحق عن المحيل ، والساقط لا يعود إلا بنص أو إجماع ، ولا نص ولا إجماع على ذلك [٤].

يناقش : بأن المحال وإن كان مأموراً بقبول الحوالة واتباع المحال عليه لاستيفاء الحق منه إلا أنه مقيد بكون المحال عليه مليئاً ، وهنا تبين أنه غير مليء فلم يلزمه قبول الحوالة ولا اتباع المحال عليه ، بل له أن يرجع على المحيل فيستوفي حقه منه ؛ لأن الغرض من الحوالة حصول المحال على حقه وتمكنه من استيفائه ، فلما لم

---

(١) انظر : المحلى ٣٩٢/٦ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٤/٦ . مواهب الجليل ٢٨/٧ ، روضة الطالبين ٤٦٢/٣ .

(٣) انظر : المغني ٦٢/٧ ، حاشية ابن قاسم ١٢٣/٥ .

(٤) انظر : ٣٩٢/٦ .

يتمكن من ذلك رجع على المدين الأول الذي تعلق حقه في ذمته .

الراجح : اتضح من خلال هذا العرض رجحان القول الأول : بأن الحوالة تنحل بسبب إفلاس المحال عليه الطاريء بعد الحوالة ، وذلك لدلالة النص الصريحة على أن الحوالة لا تكون إلا على مليء ، ولما يترتب على القول بلزوم الإحالة مع إفلاس المحال عليه من الضرر على المحال ما يدفع إلى القول برجوع المحال على المحيل في المطالبة بحقه ، دفعاً للضرر عنه .

الحال الثانية : إذا كان المحال راضياً بالحوالة .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول: التفصيل ، وهو للمالكية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣]:

أولاً : إذا اشترط المحال كون المحال عليه مليئاً فبان مفلساً ، ففي ثبوت حق المحال في الرجوع قولان :

القول الأول : له الرجوع على المحيل .

وهو قول عند الشافعية [٤]، وقول الحنابلة [٥].

جاء في مغني المحتاج : " قيل له الرجوع إن شرط يساره " [٦]. وفي الإنصاف : " لو شرط المحيل أن المحال عليه مليء ثم تبين عسرته رجع المحتال على المحيل بلا نزاع " [٧].

---

(١) انظر : بداية المجتهد ١٤٧٩/٤. مواهب الجليل ٢٨/٧ ، حاشية الخرشي ٢٩٩/٦ .

(٢) المهذب ١٤٥/٢ ، روضة الطالبين ٤٦٦/٣ ، مغني المحتاج ١٩٤/٣ .

(٣) المغني ٦٢/٧ ، الإنصاف ٢٢٩/٥ ، كشاف القناع ٤٥٢/٣ ، حاشية ابن قاسم ١٢٣/٥ .

(٤) انظر : المهذب ١٤٥/٢ . روضة الطالبين ٤٦٦/٣ ، مغني المحتاج ١٩٤/٣ .

(٥) انظر : الإنصاف ٢٢٩/٥ ، كشاف القناع ٤٥٢/٣ .

(٦) ١٩٤/٣ .

(٧) ٢٢٩/٥.

القول الثاني : ليس للمحال الرجوع على المحيل ، فتكون الحوالة باقية .

وهو المفهوم من مذهب المالكية [١]، والصحيح عند الشافعية [٢].

جاء في مواهب الجليل : وإن جهلاه ـ أي فلس المحال عليه ـ جميعاً ، لا رجوع له " [٣]. وفي روضة الطالبين ما نصه : " الصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه لا خيار للمحتال، سواء شرط يساره أم أطلق " [٤].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن المحال له الرجوع على المحيل إذا تبين أن المحال عليه مفلس ، وكان المحال قد اشترط ملاءته ، بما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ : " المسلمون على شروطهم " [٥].

وجه الدلالة : أنه عام في جميع الشروط ، وهنا قد شرط المحال كون المحال عليه مليئاً ، فتخلف شرطه ، فوجب تخلف الحوالة ، وذلك بانحلالها ، ورجوع المحال على المحيل [٦].

الدليل الثاني: إن هذا الشرط من مصلحة العقد ، وهو في عقد معاوضة ، فثبت حل العقد بفوات هذا الشرط، كما لو اشترط صفة في المبيع ، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد [٧].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن المحال ليس له حق في الرجوع على المحيل، بما يلي:

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٢٨/٧ ، حاشية الخرشي ٢٩٩/٦ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٦٦/٣ ، مغني المحتاج ١٩٤/٣ .

(٣) ٢٨/٧ .

(٤) ٤٦٦/٣ .

(٥) تقدم تخريجه .

(٦) انظر : كشاف القناع ٤٥٢/٣ ، حاشية ابن قاسم ١٢٣/٥ .

(٧) انظر : المغني ٦٢/٧ ، كشاف القناع ٤٥٢/٣ .

الدليل الأول : لأن إفلاس المحال عليه عيب ، فلو ثبت لـه الرجـوع على المحيل لوجب أن يثبت من غير شرط ، بدليل أن خيـار الرجـوع بسـبب العيـب في المبيع يثبت من غير شرط [١].

يناقش : بأن للمحال الرجوع وإن لم يشترط كون المحال عليه مليئاً ، فكان له الرجوع مع وجود هذا الشرط من باب أولى .

الدليل الثاني : ويمكن أن يستدل لهم بأن هـذا الشـرط منـافٍ للعقـد ، فيكون باطلاً والعقد صحيح .

ونوقش : بما قاله ابن تيمية في مجموع الفتاوى ما نصه : " فمن قال : هـذا الشرط ينافي مقتضى العقد ، قيـل لـه : أينـافي مقتضـى العقـد المطلـق ، أو مقتضـى العقد مطلقاً ؟ فإن أراد الأول : فكل شرط كذلك ، وإن أراد الثاني : لم يسلم له، وإنما المحذور : أن ينافي مقصود العقد ، كاشتراط الطـلاق في النكـاح ، أو اشـتراط الفسخ في العقد . فأما إذا شرط مـا يقصـد بـالعقد لم ينـاف مقصـوده ، وهـذا هـو الصحيح : بدلالة الكتـاب والسـنة والإجمـاع ، والاعتبـار مـع الاسـتصحاب ، وعدم الدليل المنافي " [٢].

الراجـــح : تبين من خلال هذا العرض والمناقشـة رجحـان القـول الأول ، بأن المحال له الرجوع على المحيـل إن شـرط المـلاءة فتبـين أن المحـال عليـه مفلـس ؛ وذلك للأدلة العامة الدالة علـى وجـوب الوفـاء بالشـروط والعهـود ، وأنـه يثبـت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد ، ولأن أدلة القـول الثـاني لم تنهـض بالاحتجـاج لورود المناقشة عليها .

---

(١) انظر : المهذب ١٤٥/٢ ، مغني المحتاج ١٩٤/٣ .

(٢) ٢٩ ١٣٧ ، ١٣٨ .

ثانياً : إذا لم يشترط المحال كون المحال عليه مليئاً ، فتبين لـه أن المحـال عليـه مفلس ، فرضي بذلك بعد علمه به ، فإن المحال لا يرجع على المحيل بغير خـلاف ، لأنه أسقط حقه ، والساقط لا يعود إلا بنص أو إجماع [١].

ثالثاً : إذا لم يشترط المحال كون المحال عليه مليئاً ، فتبين لـه أن المحـال عليـه مفلس ، ولم يكن المحال يعلم بفلس المحـال عليـه ، فالفقهاء اختلفـوا في مـدى حـق المحال في الرجوع على قولين ·

القول الأول : إن المحال له الرجوع على المحيل إذا تبين فلس المحال عليه ، ولم يكن يعلم المحال به ، وكان المحيل عالماً بذلك .

وهو قول المالكية [٢].

جاء في حاشية الخرشي : " الفلس لا يعطي حق الرجوع إلا أن يعلم المحيـل بإفلاسه فقط " [٣].

القول الثاني : له الرجـوع علـى المحيـل إن لم يعلـم بإفلاسـه ، سـواء علـم المحيل أم لا .

وهو رواية عند الحنابلة [٤].

جاء في الإنصاف ما نصه : " ولو رضي بالحوالة ، ولم يشـترط اليسـار فبـان مفلساً ... ويحتمل أنه يرجع وهو رواية عن أحمد " [٥].

القول الثالث : ليس له الرجوع وإن لم بعلم بفلسه .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٢٨/٧ . روضة الطالبن ٤٦٦/٣ ، المبدع ٢٧٤/٤ .

(٢) انظر : مواهب الجليل ٢٨/٧ . حاشـة الخرشي ٢٩٩/٦.

(٣) ٢٩٩/٦ .

(٤) انظر : الإنصاف ٢٢٨/٥ ، حاشية ابن قاسم ٢٢٣/٥ .

(٥) ٢٢٨/٥ .

وهو الصحيح عند الشافعية [١]، وقول الحنابلة [٢].

جاء في روضة الطالبين :" الصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه لا خيار للمحتال سواء شرط يساره أم أطلق " [٣]. وفي الإنصاف :" ولو رضي بالحوالة ، ولم يشترط اليسار وجهله أو ظنه مليئاً فبان مفلساً برىء المحيل على الصحيح من المذهب " [٤].

أدلة القول الأول : استدل المالكية على القول بحق المحال في الرجوع على المحيل إذا جهل المحال الفلس ، وعلم به المحيل : بالقياس على من دُلس عليه المبيع ؛ لأن المحال دلس عليه حال المحال عليه وغره فيه [٥] فكما أن المشتري المدلس عليه يثبت له الرجوع فكذلك المحال .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون برجوع المحال على المحيل إذا لم يعلم المحال بفلس المحال عليه بما يلي :

الدليل الأول : حديث أبي هريرة : " إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع "[٦].

وجه الدلالة : إن الحديث شرط ملاءة المحال عليه لاتباعه ، وهذا غير مليء فلا يلزم اتباعه [٧].

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٤٦٦/٣ . مغني المحتاج ١٩٤/٣ .

(٢) انظر : المغني ٦٢/٧ ، الإنصاف ٢٢٨/٥ ، حاشية ابن قاسم ١٢٣/٥ .

(٣) ٤٦٦/٣ .

(٤) ٢٢٨/٥ .

(٥) انظر : القوانين الفقهية ٢٨٠ . مواهب الجليل ٢٨/٧ ، المغني ٦٠/٧ .

(٦) تقدم تخريجه .

(٧) انظر : معالم السنن ٥٦/٣ . ٥٧ ، تهذيب السنن ١٨/٥ .

الدليل الثاني : القياس على من اشترى سلعة فوجدها معيبة ، لأن الفلس عيب [١]، فكما أن المشتري يثبت له خيار الرجوع بسبب عيب المبيع ، فكذلك المحال له الرجوع إن تبين فلس المحال عليه .

أدلة القول الثالث : استدل القائلون بعدم رجوع المحال على المحيل بفلس المحال عليه بما يلي :

الدليل الأول : أن المحال قصر بترك البحث عن حال المحال عليه،فأشبه من غبن فيما اشتراه [٢]، فكما أن المغبون لا يثبت له الرجوع لتفريطه فكذلك المحال الذي قصر في السؤال والبحث عن حال المحال عليه .

يناقش هذا الاستدلال : بأنه لا يسلم بأن المغبون يعاقب نتيجة تفريطه بسقوط حقه في الرجوع ، وذلك لأن العقد ـ عقد البيع ـ له شروط وأركان لابد من توافرها، والعقد مع وجود الغبن قد اختل أحد شروطه وهو الرضا ، ثم إن إلزام المغبون بالسؤال عن كل شيء يريد شراءه فيه تضييق عليه، وتعطيل لمصالحه. وكذلك يقال في المحال . فلا يلزمه أن يسأل عن حال المحال عليه ، لأن الأصل في الحوالة أن المحال لا يحال إلا على مليء ، ومتى تبين له غير ذلك رجع على المحيل ، لأن شرط الحوالة أن يكون المحال عليه مليئاً ، وهنا تبين فلسه فكان للمحال الرجوع .

الدليل الثاني : أن الحوالة براءة من الدين ، ليس فيها قبض ممن هو عليه، ولا ممن يدفع عنه ، فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين [٣].

ويناقش : بأن قياس الحوالة على الإبراء من الدين غير صحيح ، فهو وإن

---

(١) انظر : المغني ٦٠/٧ . حاشية ابن قاسم ٥ ١٢٣.

(٢) انظر : حاشية ابن قاسم ١٢٣/٥

(٣) انظر : المغني ٦١/٧ .

تضمن الإبراء في بعض الصور ، إلا إنه ليس إبراء من كل وجه ؛ لأن الحوالة عقد له طبيعته الخاصة وأحكامه المستقلة ، بخلاف الإبراء الذي هو إسقاط محض .

الراجح : الذي يظهر رجحانه من هذه الأقوال هو القول الثاني ، ويدخل فيه ضمناً القول الأول ؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوا بها ، وأن المحيل في عقد الحوالة لا يبرأ إلا إذا كان المحال عليه مليئاً ، وهنا المحال عليه مفلس ، ولأن ظاهر الحال أن الرجل إنما يعامل من كان قادراً على الوفاء ، فإذا كتم المحيل ذلك كان غاشاً،فيرجع المحال عليه ليستوفي حقه منه .

القول الثاني : أن المحال له حق الرجوع على المحيل إذا مات المحال عليه مفلساً .

وهو قول أبي حنيفة [١].

جاء في بدائع الصنائع :" ثم التوّى[٢] عند أبي حنيفة بشيئين لا ثالث لهما ؛ أحدهما أن يموت المحال عليه مفلساً .." [٣].

القول الثالث : أن للمحال الرجوع على المحيل إذا مات المحال عليه مفلساً، وإذا حكم الحاكم بإفلاسه .

وهو قول الصاحبين [٤].

جاء في بدائع الصنائع : وقد قال أبو يوسف ومحمد بهما ـ أي بأن التوى يكون بموت المحال عليه مفلسا ... ـ وبثالث : وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضي القاضي بإفلاسه .." [٥].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٧/٦ ، ٢٨ ، فتح القدير ٢٢٢/٧ .

(٢) التوى في اللغة على وزن الحصى ، وهو بمعنى : ذهاب المال وهلاكه . انظر المصباح مادة (توى) (٣١). وفي الاصطلاح : العجز عن الوصول إلى الحق ، انظر : البناية ٦٢٧/٧.

(٣) ٢٨/٦ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢٨/٦ . فتح القدير ٢٢٢/٧ .

(٥) ٢٨/٦ .

أدلة القول الثاني : استدل أبو حنيفة على أن المحال له الرجوع على المحيل، إذا مات المحال عليه مفلساً بما يلي :

الدليل الأول : ما ورد عن خليد بن جعفر ، قال : سمعت أبا إياس عن عثمان قال : " ليس على امريء مسلم توى " [١].

وجه الدلالة : إن عثمان ﷺ قال ذلك في رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً ، فأثبت له الرجوع بمجرد موت المحال عليه مفلساً ، ولم يعرف له مخالف من الصحابة، فكان إجماعاً [٢].

اعترض على هذا الدليل والاستدلال من وجوه :

الوجه الأول : أن هذا الأثر غير ثابت لعلتين [٣]:

الأولى : أن خليد بن جعفر رجل مجهول ، وهو من رواة الأثر.

الثانية : أن فيه انقطاعاً من جهة أبي إياس، حيث لم تثبت له لقيا ، بل لم يكن في زمانه ، لأنه من الطبقة الثالثة من تابعي البصرة . فلم يكن في زمن عثمان، ثم لو سلم أنه من الطبقة الثانية إلا أنه لم يلتق بعثمان . فتكون روايته عنه منقطعة.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الحوالة ـ باب من قال: يرجع على المحيل لاتوى على مال مسلم (٦ ٧١).

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٨/٦ .

(٣) قال البيهقي في السنن الكبرى (٧١/٦) : قال الشافعي في رواية المزني في الجامع الكبير : إنه ـ أي الحديث ـ عن رجل مجهول عن رجل معروف منقطع عن عثمان .. قال الشيخ : الرجل المجهول في هذه الحكاية خليد بن جعفر ، وخليد بصري لم يحتج به محمد بن إسماعيل ... والمراد بالرجل المعروف أبو إياس معاوية بن قرة المزني، وهو منقطع كما قال ، فأبو إياس من الطبقة الثالثة من تابعي أهل البصرة فهو لم يدرك عثمان ولا كان في زمانه ".
انظر : تهذيب التهذيب ٢١٧/١٠ ، السنن الكبرى ٧١/٦ ، فتح الباري ٤٦٤/٤ .

الوجه الثاني : أننا لو سلمنا أن الأثر ثابت فإنه غير صالح للاحتجاج؛ لورود الشك فيه ؛ أهو في الحوالة أم في الكفالة ؟ [١]. قال ابن قدامة : " وقد روي أنه قال : في حوالة أو كفالة . وهذا يوجب التوقف " [٢].

الوجه الثالث : أن دعوى الإجماع منقوضة بما روي عن علي أنه لا يرى الرجوع بالتوى [٣].

الدليل الثاني : أنه بموت المحال عليه لم تبق له ذمة يتعلق الحق بها ، وبإفلاسه لم تبق له تركه يستوفي الحق منها ، فيسقط الحق عن المحال عليه فتنحل الحوالة ويرجع المحال على المحيل . لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط ، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع [٤].

الدليل الثالث : أن هلاك الدين قبل القبض يشبه هلاك المبيع قبل القبض، وهو يؤدي إلى انحلال العقد باتفاق [٥].

ونوقش : بأن إلحاقه بالمعاوضة لا يصح لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين المنهي عنه[٦] .

أدلة القول الثالث : استدل الصاحبان على القول بثبوت الرجوع بموت المحال عليه مفلساً ، أو بحكم الحاكم بفلسه : بأن الحكم بإفلاس المحال عليه تبين به عجز المحال عن استيفاء حقه، فصار كموت المحال عليه[٧] .

---

(١) انظر : المغني ٦١/٧ .

(٢) المصدر السابق ، وانظر : السنن الكبرى (٧١/٦).

(٣) المغني ٦١/٧.

(٤) انظر : تبيين الحقائق ١٧٤/٤ .

(٥) انظر : فتح القدير ٢٢٢/٧ .

(٦) انظر : المغني ٦١/٧ .

(٧) انظر : فتح القدير ٢٢٧/٧ .

الراجـح : بعد هذا العرض الطويل والمناقشـة تبـين لي أن الراجـح القـول الأول الذي حكى التفصيل ، وذلك باعتبار الراجح فيه ، وهو على النحو الآتي:

أولاً : إذا اشترط المحال كون المحال عليـه مليئـاً فبـان مفلسًـا فلـه الرجـوع على المحيل .

ثانياً : إذا لم يشترط المحال كون المحال عليه مليئاً فبان مفلسًا ، وكان المحـال عالماً بفلسه ، فليس له حق في الرجوع على المحيل .

ثالثاً : إذا لم يشترط المحال كون المحال عليه مليئاً فبان مفلسًا ولم يكن المحيل عالًما بذلك ، فله الحق في الرجوع على المحيل .

ويأخذ حكم الحوالة فيما سبق كل مـن الشـيك والكمبيالـة ، وبيـان ذلـك فيما يلي :

أولاً : الشيك : " وهو صك محرر وفق شـكل معيـن يـأمر بموجبـه شـخص يسمى الساحب أو المحرر شخصاً آخر يسمى المسحوب عليـه ، ويكـون في العـادة مصرفاً ، بأن يدفع مبلغاً من النقود لأمر شخص ثالث أو لحامله يسـمى المسـتفيد ، وأحياناً لأمر الساحب نفسه " [١].

فالشيك ليس مالا في نفسه ، وإنما هو وثيقة بحوالـة ديـن إلى طـرف آخـر ، وعليه فهو وثيقة بعقد الحوالـة ، وبمقتضـى هـذه الحوالـة يصبـح المحـال عليـه مدينـاً للمحال بقيمة الشيك ، وعليه الوفاء بهذه القيمة . وأطراف التعامل بالشـيك هـم أطراف التعامل بالحوالة :

فالآمر ــ في الشيك ــ هو المحيل ، والمصرف محال عليه ، والمستفيد محال[٢].

---

(١) انظر : الأوراق التجارية د. إلياس الحداد١٧٥ . والبنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ١٣٧

(٢) المصدرين السابقين .

ثانياً : الكمبيالة : " وهي صك محرر وفق شكل معين حدده النظام، يأمر بموجبه شخص يسمى المحرر أو الساحب شخصاً آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع في مكان محدد مبلغاً معينا من النقود في تاريخ معين، أو قابل للتعيين، أو بمجرد الاطلاع، لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد أو الحامل " [١].

فتبين من ذلك أن الكمبيالة ليست في نفسها مالاً وإنما هي وثيقة بحوالة دين إلى طرف آخر ، وبمقتضى هذه الحوالة ــ الكمبيالة ــ يصبح المحال عليه مديناً للمحال بقيمة الورقة ، وعليه الوفاء بهذه القيمة في موعد الاستحقاق ــ تاريخ الوفاء ــ وإلا من حق المحال الرفع للقضاء لإجباره على الوفاء . وأطراف التعامل بالكمبيالة هم أطراف التعامل بالحوالة :

الساحب ــ وهو محرر الكمبيالة والآمر بالدفع ــ يقابل المحيل ، والمسحوب عليه يقابل المحال عليه ، والمستفيد يقابل المحال [٢].

---

(١) المصدرين السابقين .

(٢) المصدرين السابقين .

المبحث الثاني

الرجوع بسبب موت المحيل أو المحال عليه

إذا أحال من عليه الحق صاحب الحق ، فإنه بمجرد هذه الحوالة تبرأ ذمة المحيل ، وينتقل حق المحال إلى المحال عليه ، إلا أن يوجد ما يوجب رجوع المحال على المحيل ، وإن مما يطرأ على المحيل والمحال عليه-مما يعتبر مخولاً للمحال الرجوع في المطالبة بحقه على المحيل-الموت . على اختلاف بين الفقهاء في ذلك ، وبيانه فيما يلي :

هذه المسألة لا تخلو من حالين : إما أن يكون الميت المحيل، وإما المحال عليه .

الحال الأولى : أن يكون الميت هو المحيل .

إذا كان الميت هو المحيل . فإن موته لا يسبب انحلال عقد الحوالة ، فلا يكون للمحال الرجوع ، وذلك بمطالبة ورثته ، باتفاق الفقهاء ، لأن بعقد الحوالة انتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فكان للمحال مطالبة المحال عليه بسداد الدين دون المحيل [١].

واستثنى الحنفية من ذلك حالة ، قالوا فيها بانحلال عقد الحوالة ورجوع المحال على المحيل ؛ وهي : فيما إذا كانت الحوالة مقيدة ، فقالوا : إنها تتأثر بموت المحيل فتنحل ، ويكون حق المحال الذي تقيدت به الحوالة داخلاً في تركة المحيل ، فيرجع المحال بدينه إلى تركة المحيل . ويكون أسوة الغرماء في التركة ، وذلك لأن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٥/٦ . فتح القدير ٢٣٠/٧ ، ٢٣١ ، البحر الرائق ٤٣/٦ ، حاشية ابن عابدين ٢٩٢/٤ ، ومواهب الجليل ٢٧/٧ ، جواهر الإكليل ١٦٣/٢ ، حاشية الخرشي ٢٩٨/٦ ، روضة الطالبين ٣ ٤٦٦ ، نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ ، المغني ٦٢/٧ ، الإنصاف ٢٢٧/٥ ، المبدع ٢٧٠/٤ . شرح منتهى الإرادات ١٣٦/٢ ، كشاف القناع ٤٤٧/٣ . المحلى ٣٩٢/٦ .

المحال به مال للمحيل لم يثبت عليه يد الاستيفاء لغيره ، لأن المحال لم يملكه بالحوالة، لأنه يترتب على القول بأنه يملكه بالحوالة تمليك الدين من غير ممن هو عليه [١].

الحال الثانية : أن يكون الميت هو المحال عليه .

إذا كان الميت في عقد الحوالة هو المحال عليه فإن ذلك لا يخلو من حالين:

الأولى : أن يموت المحال عليه مليئاً .

اتفق الفقهاء في هذه الحالة على أن المحال ليس له الرجوع على المحيل . وذلك لأن ذمة المحيل برئت بمجرد الحوالة ، فلا يرجع على المحيل . وموت المحال عليه لا يبطل الحق الذي عليه [٢].

الثانية : أن يموت المحال عليه مفلساً .

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :

القول الأول : إن المحال لا يرجع على المحيل .

وهو المفهوم من كلام المالكية ـــ حيث جعلوا الرجوع منحصراً في حالة واحدة ، وهي : أن يفلس المحال عليه ويعلم المحيل فقط بفلسه ـــ [٣]، وهو قول الشافعية [٤] والحنابلة [٥] والظاهرية [٦].

جاء في روضة الطالبين :" الحوالة إذا جرت على شروطها بريء المحيل من دين المحتال .. حتى لو أفلس المحال عليه ومات أو لم يمت .. لم يكن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٥/٦ . فتح القدير ٢٣٠/٧ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٢/٦ ، البحر الرائق ٤٢٠/٦ ، مواهب الجليل ٢٧/٧ ، روضة الطالبين ٤٦٦/٣ . حاشية قلبوبي وعميرة ٣٢١/٢ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٢٨/٧ . حاشية الدسوقي ٥٣٤/٤ ، حاشية الخرشي ٢٩٨/٦

(٤) انظر : روضة الطالبين ٤٤٦/٣ . نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٢١/٢ .

(٥) انظر : المغني ٦٢/٧ ، الإنصاف ٢٢٧/٥ ، المبدع ٢٧٠/٤ ، شرح منتهى الإرادات ١٣٦/٢ .

(٦) انظر : المحلى ٣٩٢/٦ .

للمحتال الرجوع إلى المحيل "[١].

وجاء في شرح منتهى الإرادات : ويبرأ محيل بمجردها، ولو أفلس محال عليه أو جحد أو مات "[٢]. وجاء في المحلى : " لا رجوع للذي أحيل على الذي أحاله، انتصف أو لم ينتصف . أعسر المحال عليه أم لم يعسر "[٣].

القول الثاني : أن المحال له الرجوع على المحيل .

وهو قول الحنفية[٤].

جاء في بدائع الصنائع : " ثم إن التوى عند أبي حنيفة والصاحبين ... أن يموت المحال عليه مفلساً "[٥].

أدلة القول الأول : استدل من قال بأن المحال لا يرجع على المحيل وإن مات المحال عليه مفلساً : بانتقال حق المحال إلى ذمة المحال عليه بمجرد عقد الحوالة، وموت المحال عليه لا يبطل الحق الذي عليه[٦].

أدلة القول الثاني : تقدم ذكرها في المبحث السابق، مع بيان الاعتراضات والمناقشات الواردة عليها .

---

(١) انظر : ٤٦٦/٣ .

(٢) ١٣٦/٢ .

(٣) ٣٩٢/٦ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٦ ٢٧ ، فتح القدير ٢٣٠/٧ ، تبيين الحقائق ٢٧٢/٤ ، حاشية ابن عابدين ٢٩٢/٤.

(٥) ٢٧/٦ .

(٦) انظر : المغني ٦٢/٦ .

الراجــح : مما سبق تبين أن الصواب مــن هذيـن القولـين هـو الأول ، لأن ذمة المحيل برئت من الدين بمجرد عقد الحوالة، فليس للمحال الرجوع على المحيل، وإنما يرجع إلى ورثة المحال عليه فيطالبهم بحقه المتعلق بذمته المحال عليه، والذي انتقل بعد موته إلى تركته ، ويلزمهم أن يعطوه حقه من تركـة المحـال عليـه إن كـانت لـه تركة .

المبحث الثالث

الرجوع بالإبـــراء

الابراء في عقد الحوالة يتصور في أمرين : إبراء المحال المحيل ، وإبـراء المحال المحال عليه ، أما لو أبرأ المحيل المحال عليه بعد انعقاد الحوالة فإن هـذا الإبـراء يعتبر لغواً ، لأن الإبراء لم يوافق محله . فالمحيل لا حق له على المحال عليه بعد إبـرام عقـد الحوالة .

وبناءً على ما تقدم فإن ورود الإبراء على عقد الحوالة منحصر في أمرين :

الأول : إبراء المحال المحيل .

اختلف الفقهاء في إبراء المحال المحيل هل تنتهي به الحوالة ، ويعد رجوعاً منه عنها على قولين :

القول الأول : أن للمحال أن يبريء المحيل ، ويكون هذا الإبـراء رجوعـاً عن العقد .

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية [١].

جاء في تبيين الحقائق : " إذا أبرأ المحتال المحيل ... قال محمد : يصح " [٢].

القول الثاني : أنه ليس للمحال أن يبريء المحيل ، ويكون إبراؤه لغواً .

وهو قول الحنفية[٣]،والمالكية[٤]، والشافعية [٥]، والحنابلة [٦]، والظاهرية[٧].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٧٢/٤ . البحر الرائق ٤١١/٦ .

(٢) ١٧٢/٤ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢٥/٦ . فتح القدير ٢٣٠/٧ ، البحر الرائق ٤٢٠/٦ .

(٤) مواهب الجليل ٢٨/٧ ، حاشية الخرشي ٢٩٨/٦ .

(٥) روضة الطالبين ٤٦٦/٣ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٢١/٢ .

(٦) المغني ٦٢/٧ . الإنصاف ٢٢٧/٥ ، المبدع ٤٧٠/٤ .

(٧) المحلى ٣٩٢/٦ .

وهذا بناء على قولهم : إن الحوالة تفيد براءة ذمة المحيل (١).

دليل القول الأول : استدلوا على هذا القول : بأن الحق لم ينتقل بالحوالة من ذمة المحيل ، لأن الحوالة لا تفيد براءة ذمة المحيل (٢).

يناقش : أننا إذا لم نقل ببراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة لأصبحت الحوالة لا قيمة لها ولا فائدة منها بالنسبة للمحيل . فهذا القول مناف لحقيقة الحوالة ، فإن حقيقتها اللغوية والشرعية انتقال الحق من المحيل إلى المحال عليه ، فالقول بأن الحوالة لا تفيد براءة ذمة المحيل يخرج الحوالة عن حقيقتها، ثم إنه يلزم من ذلك أن تنشغل ذمة المحيل والمحال عليه بهذا العقد، وهذا ممتنع ، إذ الحق واحد فكيف تنشغل به ذمتان؟ بالإضافة إلى ما في ذلك من ضرر على المحيل؛ فالمحيل لم يتنازل ــ بعقد الحوالة ــ عن حقه في مطالبة المحال عليه إلا مقابل براءة ذمته من دين المحال . فإن لم تبرأ ذمته بذلك فإنه سيتضرر وذلك بفوات حقه في مطالبة المحال عليه دون مقابل .

دليل القول الثاني : استدلوا على ما ذهبوا إليه من اعتبار إبراء المحال المحيل لغو لا أثر له : بأن الحوالة تفيد إبراءة ذمة المحيل . فيكون الإبراء حينئذ واقعاً في غير محله (٣).

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٧٢/٤ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢٥/٦ ، فتح القدير ٢٣٠/٧ .

والراجح : هو القول الثاني، إذ ليس للمحال حق على المحيل بعد الحوالة، فيكون إبراء المحال المحيل بعد انعقاد الحوالة لغواً ، لأنه لم يصادف محله .

الثاني : إبراء المحال المحال عليه .

اتفق الفقهاء على أن المحال إذا أبرأ المحال عليه من الحق الذي في ذمته وقبل المحال عليه ولم يرده فإن ذلك منهٍ للحوالة ، ولا يرجع المحال بعد ذلك على المحيل . لأن حق المحال انتقل بعقد الحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولصاحب الحق أن يبريء من عليه الحق . فيكون للمحال إبراء المحال عليه ، لأن الأخير أصبح مديناً له [1].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٨/٦ . مواهب الجليل ٢٣٠/٧ ، حاشية الخرشي ٢٩٣/٦ . روضة الطالبين ٤٦٣/٣ ، المغني ٢٥٠/٨ . الإنصاف ١٢٧/٧ ، المبدع ٣٦٥/٥ .

الفصل السابع
الرجوع في الهبة

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع في هبة الأجنبى .

المبحث الثاني : رجوع الوالد في هبته لولده .

المبحث الثالث : رجوع الأم في هبتها لولدها .

المبحث الرابع : موانع الرجوع في الهبة .

الفصل السابع

الرجوع في الهبة

المبحث الأول

الرجوع في هبة الأجنبي[١]

يُعني بالأجنبي هنا غير الوالدين . فمن وهب شيئاً من ماله لرجل أجنبي ، ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع . فهل يكون له ذلك ؟ أم أن الهبة تلزم ، فلا يكون له الرجوع فيها ؟

هذه المسألة لا تخلو من حالين :

الحال الأولى : أن يكون رجوع الواهب قبل القبض .

إذا رجع الواهب في هبته قبل أن يقبضها الموهوب له ، فإن العلماء اختلفوا في حكم رجوعه على قولين :

القول الأول : للواهب الرجوع في هبته قبل أن يقبضها الموهوب له .

---

(١) الهبة في اللغة : العطية الخالية عن الأعواض والأغراض ، تقول : وهبت له هبة وموهبة ووهبا ووَهَبا إذا أعطيته ، والاسم المهب والموهِبَة ، والجمع مواهب . واتهبت الهبة قبلتها .

انظر : لسان العرب مادة (وهب) (٤٩٢٨/٧)، مقاييس اللغة (١٤٧/٦) .

واصطلاحاً : تبرع من جائز التصرف بتمليك ماله في حياته غيره بلا عوض .

انظر : بدائع الصنائع (١١٥/٦)، الشرح الصغير (٤٣١/٥)، كفاية الأخيار (٦١١/١)، حاشية ابن قاسم (٤٠٦).

وهو قول الحنفية [١]، وقول عند المالكية [٢]، وقول الشافعية [٣]، والمذهب عند الحنابلة [٤].

جاء في حاشية ابن عابدين : " يجب أن يعلم أن الهبة أنواع ... وفي جميع ذلك للواهب الرجوع قبل التسليم " [٥]، وجاء في حاشية الدسوقي : " وقيل إنما تملك بالقبض " [٦]، وفي مغني المحتاج جاء ما نصه : " ولا يملك موهوب إلا بقبض بإذن واهب ، فلا يملك بالعقد " [٧]، وجاء في الإنصاف : " وتلزم بالقبض ولا تلزم قبله ، وهذا إحدى الروايتين ، وهو المذهب مطلقاً " [٨].

القول الثاني : ليس للواهب الرجوع في هبته .

وهو قول المالكية [٩]، ورواية للحنابلة [١٠]، وقول الظاهرية [١١].

جاء في القوانين الفقهية : "وعلى المذهب تنعقد الهبة وتلزم بالقول " [١٢].

وجاء في المبدع : " وعنه تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة " [١٣]، وجاء في

---

(١) انظر : البناية ٧٩٩/٧ حاشية ابن عابدين ٢ ٣٢٤ .

(٢) انظر : المنتقى ١٠٨/٦ . مواهب الجليل ٨ ١١ . حاشية الدسوقي ٤٩٦/٥.

(٣) انظر : روضة الطالبين ٤٣٧/٤، المهذب ٢ ٣٣٤ ، مغني المحتاج ٥٦٥/٣، كفاية الأخيار ٦١٣/١ .

(٤) انظر : الإنصاف ١١٩.٧ ، المبدع ٣١٣/٥ . كشاف القناع ٣٦٣/٤ .

(٥) ٣٢٤/٢ .

(٦) ٤٩٦/٥ .

(٧) ٥٦٥/٣ .

(٨) ١١٩/٨ .

(٩) انظر : القوانين الفقهية ٣١٦ . مواهب الجليل ١١/٨ ، حاشية الدسوقي ٤٩٦/٥.

(١٠) انظر : الإنصاف ٢٠٠/٧ ، المبدع ٣٦٣/٥ .

(١١) انظر : المحلى ٦٢/٨ .

(١٢) ٣١٦ .

(١٣) ٣٦٣/٥ .

المحلى : " ومن وهب هبة سالمة من شرط الثواب أو غيره .. فقد تمت باللفظ ولا معنى لحيازتها ولا لقبضها ، ولا يبطلها الواهب لها "(١).

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بجواز رجوع الواهب في هبته قبل أن يقبضها من وهبت له بما يلي :

الدليل الأول : ما رواه عبد الله بن الشخير عن أبيه " أنه سمع رسول الله ﷺ يقرأ " ألهاكم التكاثر " ، ويقول : يقول ابن آدم : مالي مالي ، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفنيت ، أو لبست فأبليت ، أو تصدقت فأمضيت "(٢).

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ شرط في الصدقة الإمضاء ـ وهو الإقباض ـ حتى تخرج عن حكم المال الموروث ، والهبة في ذلك كالصدقة (٣).

نوقش : بأنه لم يقل بأن الإمضاء شيء آخر غير التصدق والإعطاء ، ولا يوجد ذلك في اللفظ ، بل كل تصدق وإعطاء فاللفظ بهما إمضاء لهما ، وإخراج لهما عن ملكه ، كما أن الأكل نفسه هو الإفناء ، واللباس هو الإبلاء (٤).

يجاب عن هذه المناقشة : بأن الحديث لا يفهم منه إلا ما تقدم بيانه في وجه الدلالة ، وهو أن المراد بالإمضاء الإقباض ، فقوله : " تصدقتَ " معناه : أنشأت الصدقة باللفظ ، وقوله : " فأمضيت" معناه : أتممت الصدقة بإقباضها من يستحقها، وهذا هوالظاهر من هذا التعبير .

---

(١) ٦٢/٨ .

(٢) أخرجه النسائي في سننه ـ كتاب الوصايا ـ باب الكراهية في تأخير الوصية (٥٤٨/٦).

(٣) انظر : المحلى ٦٢/٨.

(٤) المصدر السابق .

الدليل الثاني : ما روي عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أمَّ سلمة قال لها : إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة عليَّ، فإن رُدَّت فهي لك ، قالت : وكان كما قال رسول الله ﷺ ورُدت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة"[١].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ لما قبض الهدية التي بعث بها إلى النجاشي بعد رجوعها دل على أن الهدية لا تملك بمجرد الإيجاب بل لابد من القبض ، ولو كانت تملك بمجرد ذلك لما ردت إليه لأنها قد صارت ملكاً للنجاشي بذلك ، فإذا مات بعد ذلك وقبل وصولها إليه صارت لورثته ، وهذا ما لم يحكم به النبي ﷺ، بل حكم بنقيضه وقسمها بين نسائه بعد أن رجعت إليه [٢].

الدليل الثالث : ما رواه مالك عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن أبا بكر ﷺ نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة ، فلما مرض قال : يا بنية كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً ، ولو كنت جددته وحزتيه كان لك ، فإنما هو اليوم مال وارث ، فاقتسموه على كتاب الله تعالى " [٣].

وجه الدلالة : أن أبا بكر ﷺ جعل الهبة التي لم تقبض غير لازمة ، حيث إنه صرح بأن ما وهبه ﷺ لعائشة قبل أن تقبضه أصبح من جملة المال الموروث ،

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤٠٤/٦) . والطبراني في المعجم الكبير (٨١/٢٥).

(٢) انظر : مغني المحتاج ٥٦٥/٣ . نهاية المحتاج ٥ ٤١٤ . نيل الأوطار ٣٧٥/٥ .

(٣) أخرجه مالك في الموطا ـ كتاب الأقضية ـ باب ما لا يجوز من النحل(٧٥٢/٢)، وعبد الرزاق في مصنفه كتاب الوصايا ـ باب النحل (٩ ١٠١). والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب شرط القبض في الهبة (١٦٩/٦ ـ ١٧٠).

فطلب من عائشة إرجاعها ، وهذا يدل على أن الهبة قبل قبض الموهوب له على ملك الواهب يحق له الرجوع فيها [١].

نوقش : بأن هذه القصة ليست من الهبة المعروفة المحدودة ، ولا من الصدقة المعلومة المتميزة ، لأنها ليست في معين من النخل ولا معين من التمر ، فأبو بكر ﷺ إما أن يكون أراد نخلاً تجد منها عشرين وسقاً ، وإما أن يكون قد أراد تمراً يكون عشرين وسقاً محدودة ، فلا يتم هذا حتى يعين النخل أو الأوساق في نخلة فيتم حينئذ بالجداد والحيازة [٢].

ويجاب عن هذه المناقشة : بأنه لا يمنع من الجهالة والغرر في عقود التبرعات ، فإن الأصل في العقود الحل والصحة حتى يقوم الدليل على المنع ، وقد جاءت النصوص مانعة من الغرر في عقود المعاوضات لما في إباحته من الضرر وإضاعة المال ، أما التبرعات فلم يأت ما يدل على تحريم الغرر فيها ، ولا يمكن إلحاقها بعقود المعاوضات لاختلافهما ، فتبقى على الأصل وهو الإباحة .

الدليل الرابع : ما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لوارثه فهي باطل " وفي رواية : " الأنحال ميراث ما لم تقبض "[٣].

وجه الدلالة من هذا الأثر : أنه نص على أن النحلة إذا لم تحز فإنها لا تفيد اللزوم ولا تدخل في ملك من وهبت له ، وبالتالي فإن الواهب له أن يرجع فيما وهبه [٤].

---

(١) انظر : البناية ٧٧٩/٣ ، المهذب ٣٣٤/٢ ، الوسيط /٢٦٩، المبدع ٣٦٣/٥ ، نيل الأوطار ٣٧٧/٥ .

(٢) انظر : المحلى ٦٨/٨ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى . كتاب الهبات . باب المكافأة في الهبة (١٨٢/٦)

(٤) انظر : كفاية الأخيار ٦١٤/١ . المبدع ٣٦٣/٥ .

يناقش هذا الاستدلال بأنه لا دلالة في الأثر على ذلك ، فقول عمر هذا جاء في معرض الإنكار على من نحل ابنه هبة ولم يقبضه إياها ، فقد ذكر البيهقي قول عمر بطوله في سننه . فجاء في نصه : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي لم أعطه أحدًا ، وإن مات هو قال: قد كنت أعطيته . من نحل نحلة ..." [١].

الدليل الخامس : إن الهبة عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض [٢].

يناقش هذا الاستدلال: بأنه مردود بالوصية ، فإنها تفتقر إلى القبول وتلزم به ، من غير أن تكون متوقفة على القبض . بل تلزم بدونه .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن الهبة تلزم بمجرد العقد ، وأن الواهب لا حق له في الرجوع بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [٣].

وجه الدلالة : أن الأمر بالوفاء بالعقود في هذه الآية عام في كل عقد ، ويدخل في هذا العموم عقد الهبة ، ولم يقيد هذا الأمر بالقبض فيكون عقد الهبة لازماً وإن لم يقبض لعموم الآية [٤].

---

(١) السنن الكبرى ١٧٠/٦.

(٢) انظر : الحاوي ٤٠٢/٩ . مغني المحتاج ٥٦٥/٣.

(٣) سورة المائدة : آية (١).

(٤) انظر : المنتقى ١٠٨/٦ . الحاوي ٩ ٤٠٢ . المحلى ٧١/٨ .

يناقش هذا الاستدلال : بأن المراد بالعقد الذي يجب الوفاء به لازم العقود، كما دلت عليه أحاديث الخيار وغيرها، ولزوم الهبة بالقبض لا بالعقد للأدلة السابقة ، فتكون تلك الأدلة مخصصة للعموم في هذه الآية .

الدليل الثاني : ما روى عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال : " العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه "[(١)].

وجه الدلالة : أنه ﷺ قد زجر عن التشبه بفعل الكلب وبين أن العائد في هبته كالكلب في عوده ورجوعه في قيئه ، فدل هذا على تحريم الرجوع في الهبة، إذ إن عرف الشرع في التعبير بنحو هذا هو المبالغة في الزجر ، لم يفرق بين ما كان مقبوضاً من الهبات وما كان غير مقبوض ، فدل على عمومه في الحالين [(٢)].

ونوقش : بأنه محمول على المقبوض . لما تقدم من الأدلة الدالة على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض [(٣)].

الدليل الثالث : إن الهبة عقد إرفاق وتبرع فيجب أن يلزم بمجرد القول قياسًا على الوقف [(٤)].

نوقش : بأنه لا يسلم بصحة القياس على الوقف ، لأن الوقف إخراج ملك على وجه القربة فخالف سائر التمليكات [(٥)] ، هذا من جهة ، ومن جهة

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب الهبة ـ باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها (٢٣٤/٢)، ومسلم في صحيحه ـ كتاب الهبات ـ باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض (١٢٤١/٣).

(٢) انظر : الإشراف ٨١/٢ .

(٣) انظر : الحاوي ٤٠٢/٩ ، المغني ٢٤١/٨ . المبدع ٣٦٣/٥ .

(٤) انظر : المنتقى ١٠٨/٦ . الإشراف ٨١/٢ . المبدع ٣٦٣/٥ .

(٥) انظر : المغني ٢٤١/٨ . المبدع ٣٦٣/٥ .

أخرى فإن هذا القياس فاسد الاعتبار ، لأن حكم الأصل المقيس عليه وهو لزوم الوقف بمجرد اللفظ مختلف فيه ، فلا يصح أن يقاس عليه غيره .

الدليل الرابع : إن الهبة تمليك عين في حال الحياة فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول كالبيع [١].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، فعقد البيع من عقود المعاوضات ، بخلاف الهبة فإنها من عقود التبرعات .

الدليل الخامس : إن الهبة إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية [٢].

يناقش : بأن إلحاق الهبة بالوصية بعيد ، وذلك لأن الوصية لا تلزم إلا بالموت ، أما قبل ذلك فإن للموصي أن يرجع بما أوصى متى شاء ، بخلاف الهبة فإنه تلزم بالقبض لا بالموت .

الراجح : بعد عرض أدلة كلا الفريقين اتضح لي رجحان القول الأول، وذلك لقوة أدلته ووجاهتها ، ولضعف أدلة المخالفين وعدم انفكاكها عن المناقشة، ولأن الجمع بين الأحاديث والآثار الدالة على لزوم الهبة بالقبض وبين النصوص التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود ممكن ، وذلك بحمل الأمر بالوفاء بالعقود على العقود اللازمة ، والهبة تلزم بالقبض لا بمجرد العقد ، فإذا تم القبض لزم العقد ووجب الوفاء به ، والأمر بالشيء نهي عن ضده ، وضد الوفاء الرجوع والنكول فيكون ممنوعاً منه لعموم الآية ، أما قبل القبض فلا يكون داخلاً في عموم الآية ، ولكن يبقى وعداً يلزمه الوفاء به ديانة لا قضاء .

---

(١) انظر : البناية ٧ ٧٩٨ ، الإشراف ٨١/٢ ، المبدع ٣٦٣/٥ .

(٢) انظر : البناية ٧٩٨/٧ ، المبدع ٣٦٣/٥ .

الحال الثانية : أن يكون رجوع الواهب بعد القبض :

اختلف الفقهاء في رجوع الواهب في هبة بعد القبض على قولين :

القول الأول : لا يملك الواهب الرجوع .

وهو قول المالكية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣] والظاهرية [٤].

جاء في التاج والإكليل ما نصه : " لا يجوز الاعتصار[٥] في قول مالك إلا للوالد والوالدة ولا يجوز لأحد غيرهما " [٦]. وجاء في المهذب : " فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً وأقبضه لم يملك الرجوع فيه " [٧]. وجاء في شرح الزركشي: "ولا يحل لواحد أن يرجع في هبته " [٨]، وجاء في المحلى :" ومن وهب هبة صحيحة لم يجز له الرجوع فيها "[٩].

القول الثاني : أن الواهب يملك الرجوع في هبته وإن قبضت .

وهو قول الحنفية [١٠].

---

(١) انظر : القوانين ٣١٥ . مواهب الجليل ٢٦/٨ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٣٩/٤ . المهذب ٣٣٥/٢ . مغني المحتاج ٥٦٥/٣ .

(٣) انظر : شرح الزركسي ٣١٠/٤ . الإنصاف ١٤٥/٧ . شرح منتهى الإرادات ٢ ٤٣٧.

(٤) انظر : المحلى ٧١/٨ .

(٥) يعتصر بمعنى يرتجع . اعتصر العطية : ارتجعها .
انظر : لسان العرب مادة (عصر) (٢٩٧٠/٥).

(٦) ٢٦/٨ .

(٧) ٣٣٥/٢ .

(٨) ٣١٠/٤ .

(٩) ٧١/٨ .

(١٠) انظر : تبيين الحقائق ٩٨/٥ . بدائع الصنائع ١٩٣/٦ ، فتح القدير ٣٩/٩ . البحر الرائق ٤٩٤/٧ .

جاء في اللباب : " وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها"[١].

أدلة القول الأول : استدل القائلون أن الواهب لا حق له في الرجوع في هبته بعد القبض بما يلي :

الدليل الأول : ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : " العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه "[٢].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ بين أن الذي يرجع في هبته قد شابه فعل الكلب الذي يقيء ثم يعود في قيئه ، وجاء هذا في معرض الزجر ، مما يدل على تحريمه والمنع منه [٣].

نوقش : بأن هذا الوصف لا يستلزم التحريم ، وإنما أريد به التغليظ في الكراهة ، والتنزه عن فعل يشبه فعل الكلب ، ذلك لأن فعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي ، فكذا هنا [٤].

يجاب عن هذه المناقشة : بأن هذا التأويل مناف لسياق الحديث ، فإن عرف الشرع في التعبير بهذه الأشياء هو المبالغة في الزجر .

الدليل الثاني : ما روي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال : لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه "[٥].

---

(١) ١٧٥/٢ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : المحلى ٨٣/٨ ، شرح الزركشي ٣١٠/٤ ، المبدع ٣٧٦/٥ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٩٤/٦ ، شرح معاني الآثار ٧٨/٤

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب الرجوع في الهبة (٢٨٩/٣)، والنسائي في سننه ـ كتاب الهبة باب هبة المشاع (٥٧٦/٦)، وابن ماجه في سننه ـ كتاب الهبات ـ باب من =

وجه الدلالة : أن قوله : " لا يحل " يقطع بتحريم الرجوع في الهبة على غير ما استثناه ، ويمنع من حمله على الكراهة ، لأن الأصل في النهي ـــ بأي صيغة جاء ـ أنه يقتضي التحريم ، ولا يخرج النهي عن هذا الأصل إلا بدليل ، وحيث لا دليل فإن النهي يبقى على أصله وهو أنه يفيد التحريم [١].

نوقش : بأنه يحتمل أن يكون النبي ﷺ وصف ذلك الرجوع بأنه لا يحل لتغليظه إياه لكراهته [٢].

ويجاب : بأن هذا التوجيه دعوى مجردة عن الدليل ، فنقل النهي عن مقتضاه ـ وهو التحريم ـ إلى الكراهة لابد له من دليل ، وهنا لا يوجد دليل على ذلك ، فلا يصرف النهي إلى الكراهة ، بل يبقى على أصله وهو التحريم والمنع .

أدلة القول الثاني :

استدل الحنفية على قولهم : بأن الواهب يملك الرجوع بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها﴾[٣].

وجه الدلالة : أن من معاني التحية الهدية بالمال ، وجواز الرد مستفاد من قوله : " أوردوها " لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان [٤].

= أعطى ولده ثم رجع فيه (٢/٧٩٥) ، وابن حبان في صحيحه ـ كتاب ذكر بيان بأن هذا الزجر الذي أطلق بلفظ العموم لم يرد به كل الهبات (١١/٥٢٤)، والدارقطني في سننه كتاب البيوع (٣/٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب رجوع الوالد فيما وهب من ولده (٦/١٧٩).

(١) انظر : المهذب ٣٣٧/٢ . المغني ٢٧٨/٨ . سرح الرركشي ٣١١/٤ ، المحلى ٨٤/٨ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٩٩/٥ ، حاشية ابن عابدين ٣٢٤/٢.

(٣) سورة النساء : آية (٨٦).

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٩٣/٦ .

ويناقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن المراد بالتحية في هذه الآية السلام ، وذلك باتفاق المفسرين ، فيكون تأويلها بالهدية نزعاً بما لا دليل عليه ، فوجب حمل الآية على ظاهرها [١].

الوجه الثاني : أننا لو سلمنا بأن المعنى المذكور مراد فإنه ينتج عنه إما وجوب رد الهبة أو الندب إلى ذلك ، لأن رد التحية جاءت فيها آثار بصيغة الأمر، ولم يقل الحنفية ــ أصحاب هذا القول ــ بأي من المعنيين .

الوجه الثالث : أن الأمر في هذه الآية لم يوجه إلى من صدرت منه التحية، وإنما وجه إلى المحيَّى ، فالاستدلال بها معكوس .

الدليل الثاني : ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال :" الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها " [٢].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه نص في جواز الرجوع في الهبة إلا ما اعتاض منه الواهب [٣].

نوقش هذا الدليل والاستدلال من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن الحديث غير ثابت ، فهو معلول بعلتين [٤]:

---

(١) انظر : تفسير الطبري ٢٥٧/٤ .

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه ــ كتاب الهبات ــ باب من وهب هبة رجاء ثوابها (٧٩٨/٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه ــ كتاب البيوع والأقضية ــ باب في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها (٤٧٢/٦)، الدار قطني في سننه ــ كتاب البيوع (٤٣/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب الهبات ــ باب المكافأة في الهبة (١٨١/٦).

(٣) انظر : البناية ٨٢٩/٧ .

(٤) قال البيهقي في السنن الكبرى بعد أن أورد الحديث (١٨١/٦): " إبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم ، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع " ، وقال الزيلعي في نصب الراية=

الأولى : الانقطاع بين أبي هريرة وعمرو بن دينار ـ راويه عنه ـ فإن عمراً لم يسمع منه .

الثانية : أن في سنده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ، وهو ضعيف عند المحدثين .

الوجه الثاني : أنه محمول على الهبة التي قصد بها الثواب ، فإن الواهب في هبة الثواب إن لم يعوض فله الرجوع حينئذ .

الوجه الثالث : أنه مخالف لقولهم ـ الحنفية ـ بأن لاهبة لذي رحم محرم لا رجوع فيها مطلقاً ، فإن هذا الحديث لم يخص ذا رحم من غيره [١].

الدليل الثالث : ما روي عن عدد من الصحابة من القول بثبوت حق الرجوع في الهبة ، ولم ينقل عن غيرهم خلافاً فيكون إجماعاً . وهؤلاء الصحابة هم: عمر وعلى وابن عمر وأبو الدرداء وفضالة ﷺ كما أنه لو كان عندهم أو عند غيرهم من الصحابة عن النبي ﷺ علم يمنع من الرجوع في الهبة لما جاز لهم القول

= (١٢٥/٤): فحديث أبي هريرة عن إبراهيم بن إسماعيل... ، وإبراهيم بن إسماعيل ضعفوه ".
وانظر : المحلى ٧٧/٨ ، والتلخيص الحبير ٧٣/٣ .

وجاء هذا الحديث من طريقين ـ غير طريق أبي هرير ـ أحدهما ـ وهو طريق ابن عباس ـ ضعيف أيضاً ، والثاني ـ وهو طريق ابن عمر ـ صح موقوفاً على عمر .

قال الزيلعي في نصب الراية عن حديث ابن عباس (١٢٥/٤): " أما حديث ابن عباس ... فعن إبراهيم بن أبي يحى الأسلمي ... وأعله عبد الحق في أحكامه بمحمد بن عبيد ، قال ابن القطان كالمتعقب عليه : وهو لم يصل إلى العزرمي إلا على لسان كذاب ، وهو إبراهيم بن أبي يحى الأسلمي فلعل الجناية فيه " . وقال الدارقطني بعد ذكر حديث ابن عمر (٤٣/٣): لا يثبت هذا مرفوعاً ، والصواب عن ابن عمر عن عمر موقوفاً .

(١) انظر : المحلى ٧٧/٨.

بخلافه ، ولما جاز لغيرهم من الصحابة السكوت وعدم الإنكار على من خالف قول النبي ﷺ [١].

نوقش هذا الدليل من وجوه [٢]:

الوجه الأول : أن جميع ما تعلقوا به عن الصحابة لا حجة لهم فيـه ، إذ لا حجة في قول أحد يخالف قول رسول الله ﷺ .

الوجه الثاني : أن دعـوى الإجمـاع منقوضـة ، وذلـك لوجـود المخـالف . وممن خالف في ذلك معاذ بن جبل ﷺ وقيام المخالف من الصحابة يضعـف حجيـة قول الصحابي ، هذا إن لم نقل إنه يبطلها .

الوجه الثالث : أن ما روي عن عمر وعلي ﷺ وغيرهما قد نص فيه على أن حق الرجوع للواهب هو في الهبة التي قصد بها الثواب ، وما لم ينـص فيـه علـى ذلك فهو محمول عليه جمعاً بين الأدلة ، أما إذا لم يقصد بالهبة الثواب فإنه لا رجوع فيها إذا تم القبض ، وبهذا التوجيه لا يبقى هناك تعارض بين ما روى عن النـبي ﷺ ، وما روي عن عدد مـن الصحابـة ، وهـذا المسـلك هـو الأولى في التعـامل مـع مـا ظاهره التعارض .

الوجه الرابع : أننا لو سلمنا بما ذكروا لكان ما احتجوا به مخالفاً لقولهم ؛ لأن فيه رد الهبة جملة من غير تخصيص لذي رحم .

الدليل الرابع : القياس على جـواز الـرد بـالعيب ، بجـامع عـدم الرضـا في كليهما [٣]، فكما أن المشتري له الرجوع إذا وجد المبيع معيباً، فكذلك في الهبة.

---

(١) انظر : شرح معاني الآثار ٨١/٤ ، المحلى ٧٨/٨ .

(٢) انظر : المحلى ٧٨/٨ ، ٧٩ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٩٤/٦.

يناقش هذا الدليل : بأنه فرق بين المقيس والمقيس عليه ، فإن من حق من وجد فيما اشتراه عيبًا أن يرده ، إذ إن الأصل في المبيع خلوه من العيب بخلاف الهبة فإن الأصل فيها عدم العوض فافترقا .

أما دليلهم على المنع من الرجوع في الهبة إذا كانت لذي رحم محرم ، مايلي:

الدليل الأول : ما روي عن سمرة مرفوعاً قال : " إذا كانت الهبة لذي رحم محرم فلا رجوع فيها " [(١)].

وجه الدلالة : أن مفهوم المخالفة من الحديث : أنه إذا كانت الهبة لغير ذي رحم محرم فله الرجوع [(٢)].

نوقش هذا الدليل والاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : أن الحديث منكر ، فقد انفرد به عبد الله بن جعفر ، وقد ضعفه كثير من المحدثين [(٣)].

الوجه الثاني : أنه استدلال بالمفهوم ، والحنفية لا يعتبرون الاستدلال بالمفهوم حجة ، فسقط هذا الاستدلال وفق ما تمليه أصول مذهبهم من عدم اعتبار المفهوم دليلاً شرعياً تناط به الأحكام .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ـ كتاب البيوع (٤٤/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الهبات ـ باب المكافأة على الهبة (٦ ١٨١).

(٢) انظر : فتح القدير ٤٥/٩ . البحر الرائق ٥٠٠/٧ .

(٣) قال البيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦): " ليس بالقوى" ، وقال الدار قطني في السنن (٤٤/٣) :" تفرد به عبد الله بن جعفر " ، وقال الزيلعي في نصب الراية (١٢٧/٤): " قال ابن الجوزي في التحقيق : وعبد الله بن جعفر هذا ضعيف " . انظر: تهذيب الكمال ٣٨٩/١٤.

الدليل الثاني : أنه يترتب على القول بجواز الرجوع مفسدة عظيمة وهي قطيعة الرحم ، فوجب درؤها ، وذلك بمنع الواهب من الرجوع في هبته [١].

يناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أنه دليل عقلي في مقابل النص .

الوجه الثاني : أن أبا حنيفة يجوِّز الرجوع في حق بني الأعمام مع أن القطيعة موجودة والقرابة حاصلة ، فيلزم الحنفية أن يمنعوا الرجوع في هبة كل ذي رحم محرمًا كان أو غير محرم ، وهذا ما لم يقولوا به .

الدليل الثالث : أن الهبة لذي الرحم صدقة ، لأن المقصود بها ثواب الله دون المكافأة ، فلما لم يجز أن يرجع في الصدقة لم يجز أن يرجع في الهبة لذي الرحم. ولأنه لو وهب بشرط الثواب فأثيب لم يرجع، وهذا قد أثيب من قبل الله في هبة الرحم فلم يجز أن يرجع [٢].

يناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : لا نسلم بأن الهبة لذي الرحم المحرم صدقة إلا إن نوى ذلك ، وهذا يشترك فيه كل تبرع لأي أحد ، لا يختص به ذو الرحم المحرم دون غيره ، وعليه فإن الواهب إذا وهب الذي رحم محرم هبة ، وقد نوى بتلك الهبة الصدقة ، فإنها تكون صدقة لا رجوع فيها ، أما إن نوى بها التودد والألفة فله الرجوع كذلك إلا ما دل الدليل عليه وهورجوع الوالد في هبته لولده .

الوجه الثاني: أن قياس الهبة لذي الرحم على هبة الثواب مع الفارق ، فإن هبة الثواب معاوضة انتهاء بالاتفاق بخلاف الهبة التي لا يقصد بها الثواب فإنها

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٣٢٤/٢ .

(٢) انظر : الحاوي ٤١٤/٩ .

تبرع ابتداءً وانتهاءً . ثم إن القول بأن الواهب لذي الرحم المحرم قد أثيب من قبل الله غير صحيح ، لأن قبول العمل والإثابة عليه لا يعلمه إلا الله .

الراجح: اتضح لي بعد عرض أدلة كلا الفريقين ، رجحان القول الأول: بأنه لا رجوع للواهب فيما وهبه للأجنبي بعد قبض العين الموهوبة لما تقدم من الأدلة ، لاسيما إذا نظرنا إلى المعنى المقصود من مشروعية الهبة ، حيث إن الأصل في قصد الواهب في هبته هو نفع المعطى والتودد إليه وزيادة أواصر الألفة والمحبة ، فلم يكن له الرجوع لأنه ربما يؤثر الرجوع عكسياً على معاملته للآخرين لا سيما إن كان الموهوب له صديقاً قريباً أو ذا منزلة ومكانة . وهذا فيما إذا لم يقصد بها صاحبها الثواب ، أما إن شرط فيها الثواب لفظاً أو عرفاً فإن له أن يرجع فيها إذا لم يثب ، لأن هذا معاوضة لفظاً أو معنى ، وإذا لم يدرك الواهب العوض الذي أراده من الموهوب له فقد فات القصد الذي حمله على هذا العقد ، والمقاصد معتبرة في العقد ، فيكون له الرجوع ، أما إذا أثيب ودفع له العوض فلا رجوع له حينئذ ، لأن الهبة قد تحولت في هذه الصورة إلى بيع ، فيملك كل واحد من طرفي العقد ما قبضه من الآخر ، فالواهب الذي أصبح بعد ذلك بائعاً قد تملك العوض ، والموهوب له الذي أصبح مشترياً قد تملك العين الموهوبة التي انقلبت إلى مبيع .

المبحث الثاني

رجوع الوالد في هبته لولده

إن علاقة الوالد مع ابنه علاقة خاصة تختلف عن سائر العلاقات لا سيما في الشئون المالية . فللوالد أن يتملك من مال ابنه ما شاء ، في حين أن تصرفاته مع ابنه مدارها على الحرص على مصلحته وتأمين مستقبله ، فإذا كان للوالد هذه الخاصية في علاقته مع ابنه ، هل يكون له إن وهب لابنه شيئاً أن يرجع فيه ، نظراً لتلك الخاصية التي تميز بها عن غيره . ويكون بذلك مستثنى من الأصل الذي يمنع الواهب من الرجوع في هبته بعد قبضها ؟ أم أن الوالد يستوي هو وغيره في الحكم، فيمنع من الرجوع في هبته لولده ؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان :

القول الأول: للوالد الرجوع في هبته لولده .

وهو قول المالكية [١]، والشافعية [٢]، وأظهر الروايتين في مذهب أحمد [٣]، وقول الظاهرية [٤].

جاء في بداية المجتهد : " ذهب مالك إلى أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه"[٥]، وجاء في روضة الطالبين ما نصه :" للأب الرجوع في هبته لولده " [٦]، وفي المبدع : " ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته إلا الأب فله الرجوع في أظهر

---

(١) انظر : بداية المجتهد ١٥٤٢/٤ . القوانين ٣١٥ . الذخيرة ٢٦٦/٦ ، تبيين المسالك ٢٩٠/٤.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٤٠/٤ . مغني المحتاج ٥٦٨/٣ . نهاية المحتاج ٤١٦/٥.

(٣) انظر : الإنصاف ١٤٥/٧ ، المبدع ٣٧٦/٥ ، كشاف القناع ٣٧٤/٤ .

(٤) انظر : المحلى ٧١/٨ .

(٥) ١٥٤٢/٤ .

(٦) ٤٤٠/٤ .

الروايات عنه " [١]، جاء في المحلى :" ومن وهب هبة صحيحة لم يجز له الرجوع فيها إلا الوالد " [٢].

القول الثاني : ليس للوالد الرجوع في هبته لولده .

وهو قول الحنفية [٣]، ورواية عند الحنابلة [٤].

جاء في مختصر القدوري : "وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها " [٥]. وجاء في المغني : " وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها "[٦].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بجواز رجوع الوالد في هبته لولده بما يلي:

الدليل الأول : ما روى النعمان بن بشير قال : تصدق علي أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ ، فجاء أبي إلى رسول الله ﷺ يشهده على صدقته ، فقال : أكلَّ ولدك أعطيت مثله؟ قال : لا . قال : فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم . قال : فرجع أبي فرد تلك الصدقة . وفي لفظ قال : " فاردده " وفي لفظ " لا تشهدني على جور" ، وفي لفظ : "فأشهد على هذا غيري " [٧].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي ﷺ أمر بشيراً بأن يرجع الغلام

---

(١) ٣٧٦/٥ .

(٢) ٧١/٨ .

(٣) انظر : المبسوط ٥٥/١٢ ، اللباب ١٧٥/٢ ، بدائع الصنائع ١٩٣/٦ .

(٤) انظر : المغني ٢٦١/٨ ، شرح الزركشي ٣١٢/٤ ، المبدع ٣٧٧/٥ .

(٥) ١٧٥/٢ .

(٦) ٢٦١/٨.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب الهبة وفضلها ـ باب الإشهاد على الهبة (٢٠٦/٣)، ومسلم في صحيحه ـ كتاب الهبات ـ باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٢٤١/٣، ١٢٤٢).

الذي نحله لابنه النعمان دون سائر بنيه ، فلو لم يكن رجوعه في هبته لولده جائزًا لما أمره بذلك ، فلما جاء الأمر بذلك دل على جوازه [١].

اعترض على هذا التوجيه للحديث بما يلي:

أولاً : إن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده ، ولذلك منعه النبي ﷺ ، وأمره بإرجاع هذه النحلة [٢].

نوقش : بأن ادعاء غير صحيح ، فقد جاء في كثير من طرق حديث النعمان التصريح بالبعضية [٣].

ثانياً : إن الهبة لم تتنجز . وإنما جاء بشير إلى النبي ﷺ في ذلك ، فأشار عليه بأن لا تفعل ، فترك [٤].

يناقش : بأن ألفاظ الحديث تدفع هذا الاحتمال ، فقد جاء في بعضها أن زوجة بشير هي التي أمرته أن يذهب إلى النبي ﷺ يشهده على هذه النحلة ، لذا جاء رده ﷺ : " لا أشهد على جور "، " أشهد على هذا غيرى " ، فهذه الألفاظ صريحة في قدوم بشير إلى النبي ﷺ إنما كان لطلب شهادته لا لاستشارته .

الدليل الثاني : ما روي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم مرفوعاً : لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الرجل..."[٥].

وجه الدلالة من الحديث ظاهر ، حيث صرح النبي ﷺ في استثناء الوالد،

(١) انظر : المنتقى ١١٦/٦ ، الحاوي ٤١٤/٩ ، المغني ٢٦١/٨ ، نيل الأوطار ٨/٦ .

(٢) انظر المبسوط ١٢ ٥٥ ، المغني ٢٦٢/٨.

(٣) انظر : فتح الباري ٢٥٣/٥.

(٤) انظر : المبسوط ٥٥/١٢ ، المغني ٢٦٢/٨ . فتح الباري ٢٥٤/٥ .

(٥) تقدم تخريجه .

ففي الحديث المنع من الرجوع في العطيـة إلا الوالـد فإنـه مستثنى مـن المنـع ، فلـه الرجوع في هبته وعطيته متى شاء [١].

نوقش : بأن الحديث محمول على أخذ الوالد مال ابنه عنـد الحاجـة إليـه . لكنه سماه رجوعًا لتصوره بصورة الرجوع مجازاً ، وإن لم يكن رجوعًا حقيقة [٢].

ويجاب عن هذه المناقشة : بأنه تأويل فيه تكلف ظاهر ، فإن تملك الوالـد من مال ولده ابتداء لا يسمى رجوعاً ، ولا يشـترط في المـال الـذي يكـون للوالـد تملكه من مال ولده أن يكون قد وهبه إياه ، فـالحديث في بيـان حكـم الرجـوع في الهبة وأنه لا يحل لأحد الرجوع في هبته إلا الوالد فيما وهبه لولده فـإن لـه ذلـك . وبهذا يتبين أن حمل الرجوع في الحديث على غير هذا الوجه غير صحيح .

الدليل الثالث : أن الأب اختص بذلـك دون غـيره لفضـل حنـوه وانتفـاء التهمة عنه ، لأن ما طبع عليه من إيثـاره لولـده علـى نفسـه يقضـي أنـه إنمـا رجـع لحاجة أو مصلحة ، من أجل ذلك جاز له أن يخـالف غـيره ويثبـت لـه مـا لا يثبـت لغيره من حيث جواز الرجوع في الهبة [٣].

أدلة القول الثـاني: اسـتدل القـائلون بمنـع رجـوع الوالـد في هبتـه لولـده بمايلي:

الدليل الأول : ما روي عن ابن عباس قال : قال رسول ا لله ﷺ : العـائد في هبته ... " [٤].

وجه الدلالة : أنه شبه العائد في هبته بالعائد في قيئه ، والقيء يحـــــرم

---

(١) انظر : بداية المجتهد ١٥٤٢/٤ ، مغني المحتاج ٥٦٨/٣ ، المغني ٢٦٢/٨ ، المبدع ٣٧٦/٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٩٣/٦ .

(٣) انظر : المهذب ٣٣٥/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٦/٥ .

(٤) تقدم تخريجه .

الرجوع فيه فكذا الهبة ، وإلا لم يكن للتشبيه فائدة ، والحديث عام في الأب وغيره[1].

نوقش : بأنه وإن كان عامًا فإنه مخصص بحديث : " لايحل لرجل ..." [2].

الدليل الثاني : قوله ﷺ : " لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب نفس منه"[3].

وجه الدلالة : أن الحديث يدل بعمومه على منع الوالد من الرجوع في هبته التي وهبها لابنه ، إلا بطيب نفس منه [4].

ويناقش : بأن هذا العموم مخصوص بالأحاديث الدالة على أن الأب له أن يتملك من مال ابنه ما شاء ، وأيضا ـ بما روي عن ابن عمرو ابن عباس رضي ا لله عنهما ـ " لا يحل للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما وهبه لابنه ".

الدليل الثالث : ما روي عن عمر ، قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة لغير ذي رحم رجع ما لم يثب" [5].

وجه الدلالة : أن هبة الأب لابنه هبة لذي رحم فلا يملك الرجوع فيها[6].

يناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أن قول عمر لا يعارض به الحديث الصحيح الصريح ، فلا

---

(١) انظر : بداية المجتهد ١٥٤٢/٤ . الحاوي ٩ ٤١٤ ، المغني ٢٦١/٨ .

(٢) انظر : شرح الزركشي ٣١٣/٤.

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه ـ كتاب البيوع (٦/٣).

(٤) انظر : الحاوي ٤١٥/٩ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب المكافأة في الهبة (١٨٢/٦).

(٦) انظر : المبسوط ٥٥/١٢ ، فتح القدير ٤٥/٩ ، الحاوي ٤١٤/٩ .

قول لأحد مع قول رسول الله ﷺ . وقد ثبت عنه ﷺ ما يدل على أن للوالد الرجوع في هبته التي وهبها لابنه .

الوجه الثاني : أن الوالد لا يدخل في هذا الأثر إلا على سبيل العموم ، والاستدلال بالمفصل من الأحاديث مقدم عليه دلالة ورتبة .

الدليل الرابع : قياس امتناع رجوع الأب فيما وهب لابنه على امتناع رجوع الابن فيما وهب لأبيه . أو على امتناع الرجوع في هبة الأخ لأخيه [١].

يناقش : بأنه قياس في مقابل النص ، والقياس في مقابل النص فاسد الاعتبار . ثم إن قياس الأب على الابن في امتناع الرجوع مع الفارق ، لأن الأب له أن يتملك من مال ابنه ما شاء ابتداء ، بخلاف الابن .

الدليل الخامس : القياس على صدقة التطوع بجامع أنهما يحصل بهما الأجر من الله ، ولما لم يجز لأحد الرجوع في الصدقة مطلقاً وإن كان المتصدق والدًا ، لم يجز له الرجوع في الهبة لولده [٢].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، إذ إن المقصود في الهبة إنما هو الموهوب له بخلاف الصدقة فإن المقصود بها وجه الله فافترقا .

الراجح : تبين لي من خلال هذا العرض رجحان القول الأول : بأن الوالد له الرجوع في هبته لولده ، لدلالة النص على ذلك وصراحته ، فقد استثنى فيه الوالد من المنع ، ويؤيد هذا الاستثناء ويعضده ما ثبت في حق الوالد في أن يتملك من مال ابنه ما شاء ، فإذا كان له ذلك فإن رجوعه فيما وهبه لابنه من باب أولى ، ولا غرو في ذلك فإن أحكام الوالد تباين أحكام غيره في مسائل كثيرة مبينة في كتب الفقه ، وهذه إحدى المسائل التي ثبت للوالد فيها ما لم يثبت لغيره.

---

(١) انظر : الحاوي ٩/٤١٥ .

(٢) انظر : المغني ٨/٢٦٢ .

المبحث الثالث

رجوع الأم في هبتها لولدها

إذا وهبت الأم لولدها هبة ، ثم أرادت أن ترجع بها ، فهل تملك ذلك ، ويثبت لها ما ثبت للوالد من حق الرجوع في هبته لولده ، أم أنها تمنع من الرجوع، وتبقى العين الموهوبة في ملك ولدها ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : أن للأم أن ترجع بما وهبته لولدها .

وهو قول المالكية إن كان له أب ، أو كان كبيرًا وإن لم يكن له أب [١]، والمذهب عند الشافعية [٢]، وقول للحنابلة [٣]، وقول الظاهرية [٤].

جاء في المواهب : الأم إذا وهبت لولدها ، فإن كان له أب فلها أن تعتصر منه ، وإن لم يكن له أب فلا تعتصر منه ، وهذا إذا كان الولد صغيراً، وأما إن كان كبيراً فلها أن تعتصر منه وإن لم يكن له أب " [٥]، وجاء في روضة الطالبين : وأما الأم ... فالمذهب أنهم كالأب " [٦]. وفي شرح الزركشي : وقيل لها الرجوع كالأب" [٧]، وفي المحلى : ومن وهب هبة صحيحة لم يجزم الرجوع فيها أصلاً إلا الوالد والأم فيما أعطيا أو أحدهما لولدهما فلهما الرجوع فيه أبداً "[٨].

---

(١) انظر : بداية المجتهد ١٥٤٢/٤ ، الكافي ٣٠٣/٢ ، حاشية الدسوقي ٥١١/٥ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٤٠/٤ ، مغني المحتاج ٥٦٨/٣ ، حاشية قليوبي /١١٣.

(٣) انظر : المغني ٢٦٣/٨ ، شرح الزركشي ٣١٥/٤ ، المبدع ٣٧٦/٥ .

(٤) انظر : المحلى ٧١/٨.

(٥) ٢٦/٨ .

(٦) ٤٤٠/٤ .

(٧) ٣١٥/٤ .

(٨) ٧١/٨ .

القول الثاني : أن الأم لا حق لها في الرجوع فيما وهبته لولدها .

وهو قول الحنفية ــ لأنهم يرون أن الهبة لذي الرحم المحرم لا رجوع فيها[١] ــ وقول للمالكية [٢]، وقول عند الشافعية [٣]، والمنصوص في مذهب أحمد[٤].

وفي بداية المجتهد : " وقد روي عن مالك أنها لا تعتصر " [٥]، وفي حاشيتا قليوبي وعميرة : " والثاني : لا رجوع لغير الأب " [٦]، وفي المغني : "والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع ، قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل ؟ قال : ليس هي عندي في هذا كالرجل "[٧].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الأم لها أن ترجع فيما وهبته لولدها بما يلي .

الدليل الأول : ما روي عن ابن عمر وابن عباس ﷺ مرفوعاً : " لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى لولده ...." [٨].

وجه الدلالة : أن الحديث استثنى في جواز الرجوع في الهبة الوالد ، والوالد عام في الأب والأم [٩].

---

(١) انظر : المبسوط ٥٥/١٢ ، اللباب ١٧٥/٢ ، بدائع الصنائع ١٩٣/٦

(٢) انظر : بداية المجتهد ١٥٤٢/٤ ، الذخيرة ٢٦٦/٦ ، حاشية الدسوقي ٥١١/٥ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٤٤٠/٤ ، مغني المحتاج ٥٦٨/٣ ، نهاية المحتاج ٤١٧/٥.

(٤) انظر : المغني ٢٦٣/٨ ، المبدع ٣٧٦/٥ ، كشاف القناع ٣٧٤/٤ .

(٥) ١٥٤٢/٤ .

(٦) /١١٣ .

(٧) ٢٦٣/٨.

(٨) تقدم تخريجه .

(٩) انظر : بداية المجتهد ١٥٤٢/٤ ، المغني ٢٦٣/٨ .

يناقش: بأن دعوى دحول الأم في لفظ الوالد دعوى مجردة عن الدليل، فمعلوم أن الوالد يطلق ويراد به الأب دون الأم ، فمن ادعى دخولها وأن هذا اللفظ يتناولها فعليه الدليل ، وحيث لا دليل . فإنا نبقى على الأصل وهو أن هذا اللفظ عند الإطلاق يراد به الأب دون الأم ، قال الراغب الأصفهاني[1] في المفردات: " والأب يقال له والد والأم والدة . ويقال لهما والدان "[2].

الدليل الثاني : ما ورد في بعض ألفاظ حديث ابن عباس : " سووا بين أولادكم " [3].

وجه الدلالة : أن الأم داخلة في هذا الأمر ، فهي مأمورة بالتسوية بين أولادها ، والرجوع في الهبة سبيل إلى التسوية ، بل قد يتعين سبيلاً فيها ، وذلك فيما إذا لم تتمكن من إعطاء بقية الأولاد مثل الذي أعطته ولدها الأول ـ المعطى[4]ـ.

يناقش : بأنها مأمورة بالعدل بين أولادها بالعطية ابتداء ، أما إذا أعطت بعض ولدها ولم تعط الباقين . فإنها بهذا قد خالفت الأمر ، وفي نفس الوقت لا ترجع في تلك الهبة لأنها داخلة في عموم النهي في الرجوع عن الهبة .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بمنع الأم من الرجوع في هبتها لولدها بما يلي :

---

(١) هو أبو القاسم الحسن بن محمد بن المفضل الأصفهاني ، أديب لغوي حكيم من أهل أصفهان ، سكن ببغداد واشتهر حتى كان يقرن بالإمام الغزالي . له مصنفات ، منها : الذريعة إلى مكارم الشريعة ، المفردات في غريب القرآن . انظر ترجمته : الأعلام (٢/٢٥٥) . معجم المؤلفين (٤/٥٩).

(٢) (٥٣٢).

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) انظر : المغني ٨/٢٦٣ .

الدليل الأول : عمـوم الادلـة الدالـة علـى عـدم جـواز الرجـوع في الهبـة باستثناء الأب [١].

الدليـل الثـاني : أن إعطـاء الأب حـق الرجـوع في هبتـه لولـده دون الأم سائغ ، لأن الأب يختلف عن الأم في بعض الأحكام ، فمثلاً : لـلأب أن يـأكل مـن مال ولده حيث شاء لحديث عائشة مرفوعاً : إن مـن أطيـب مـا أكـل الرجـل مـن كسبه ، وولده من كسبه ". ولم يذكر الأم وأن ولدها من كسبها ، فدل هذا على التفريق بينهما في الحكم ، لذا ساغ أن يفرق بينهما فيما وهبا لولدهمـا ، فيقـال : بالرجوع للأب دون الأم لكون النص خاصًا به [٢].

الراجـــح : الذي يبدو لي رجحانه من هذين القولين هو القول الثاني : بأن الأم لا حق لها في الرجـوع في هبتهـا لولدهـا ، وذلـك لأن النـص الـذي جـاء فيـه استثناء الوالد في الرجوع لا يتناولها ،لأن لفظ الوالد عنـد الإطـلاق ينصـرف إلى الأب وحده ، فيكون هو المقصود في الحكم دون غـيره ، فـلا يكـون لـلأم حـق في الرجوع .

---

(١) انظر ص

(٢) انظر : المغني ٢٦٣/٨

المبحث الرابع

موانع الرجوع في الهبة

بينت في المباحث السابقة الحالات التي يثبت فيها للواهب حق الرجوع في الهبة ، وذكرت أقوال الفقهاء المختلفة في ذلك ، ولكن هذا مقيد بعدم قيام المانع الذي يمنع من ثبت له حق الرجوع في الهبة من الرجوع ، فإذا وجد ما يمنع من الرجوع فإن حق الواهب في الرجوع يسقط . والذي يهمنا في هذا المبحث بيان ما يكون مانعًا وما ليس بمانع ، ولما كانت هذه الموانع منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، كان لابد من تحرير محل النزاع ، وذلك ببيان ما اتفق عليه الفقهاء ، لنصل إلى المسائل التى اختلفوا فيها ، لتكون محل الدراسة في هذا المبحث .

أولاً : اتفق الفقهاء على أن الواهب إذا استحق الرجوع في هبته فله استرجاعها مادامت العين الموهوبة في ملك الموهوب له ، أما إذا تصرف فيها تصرفاً تنتقل به ملكية العين الموهوبة ـ كبيعها وهبتها ونحو ذلك ـ فإن حق الرجوع يسقط بمجرد خروج العين الموهوبة عن ملك الموهوب له ، لأن إخراج الموهوب له العين الموهوبة عن ملكه وتمليكها لغيره حصل بتسليط الواهب الموهوب له على ذلك ، فلا يمكنه نقض ما تم من جهته ، وأيضاً فإن تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها [(١)].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٠٠/٥ ، فتح القدير ٤٤/٩ ، البحر الرائق ٤٩٩/٧ ، مواهب الجليل ٢٧/٨ ، حاشية الدسوقي ٥١٣/٥ ، روضة الطالبين ٤٤١/٤ ، مغني المحتاج ٥٦٩/٣ ، نهاية المحتاج ٤١٨/٥ ، المغني ٢٦٤/٨، شرح الزركشي ٣١٥/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٤٣٩/٢.

ثانياً : واتفق الفقهاء ـ أيضا ـ على أن العين الموهوبة إذا هلكت لم يكن للواهب حق في الرجوع على الموهوب له مطلقاً ، سواء تلفت بفعل الموهوب له أم بغير فعله ، لأنها تلفت في ملكه . فلا سبيل إلى الرجوع عليه بعد الهلاك ، لعدم تصور إمكانية الرد ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن تضمينه ، لأنها تلفت في ملكه [١].

ثالثاً : واتفقوا ـ أيضاً ـ على أن الهبة إذا حصل في عوض وقبضه الواهب ، فإن حقه في الرجوع يسقط ، لقوله ﷺ : " الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها "[٢]، فإن هذا الحديث نص في أن حق الواهب في الرجوع يسقط متى أخذ عوض هبته ، ولأن اشتمال الهبة على العوض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض ، فتكون معاوضة انتهاء وإن كانت هبة ابتداء ، فتأخذ جميع أحكام المعاوضات ، والتي منها عدم جواز الرجوع بعد لزوم العقد [٣].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٠١/٥ . فتح القدير ٤٩/٩ ، المقدمات الممهدات ٤٤٦/٢ ، القوانين الفقهية ٣١٥ ، مواهب الجليل ٢٧/٨ ، روضة الطالبين ٤٤١/٤ ، الوسيط /٢٧٤ ، حاشية قليوبي /١١٣، المبدع ٣٧٨/٥، شرح منتهى الإرادات ٤٣٨/٣.

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٩٦/٦ ، تبيين الحقائق ٩٩/٥ ، البناية ٨٤٠/٧ ، القوانين الفقهية ٣١٦ ، الذخيرة /٣٧٨ . حاشية الدسوقي ٥١٧/٥، مغني المحتاج ٥٧٣/٣، نهاية المحتاج ٤٢٣/٥ ، المبدع ٣٦٠/٥ . شرح منتهى الإرادات ٤٣٨/٣.

المطلب الأول

زيادة الموهوب

الزيادة في العين الموهوبة لا تخلو من حالين : إما أن تكون منفصلة ، وإما أن تكون متصلة ، فإذا كانت الزيادة في الموهوب منفصلة فإنها لا تمنع الرجوع . سواء كانت الزيادة متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمر، أو غير متولدة كالأرش والكسب والغلة . لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلم يرد عليها الفسخ ، وإنما يرد الفسخ على الأصل . ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة[(١)].

أما إذا كانت الزيادة متصلة ـ متولدة كانت أم غير متولدة ـ فإن الفقهاء اختلفوا في اعتبارها مانعًا من موانع الرجوع على قولين :

القول الأول : إنها تمنع الرجوع . وتسقط حق الواهب في الاسترجاع .

وهوقول الحنفية[(٢)]وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم[(٣)]واختاره أصبغ[(٤)][(٥)]،

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٦ ١٩٥ . البحر الرائق ٤٩٦/٧ ، المقدمات ٤٤٥/٢ ، مواهب الجليل ٢٧/٨، المهذب ٣٣٥/٢ . مغني المحتاج ٥٧٠،٣ . المغني ٢٦٦/٨ ، الإنصاف ١٥١/٧ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٩٥/٦ . فتح القدير ٤٢/٩ ، البحر الرائق ٤٩٦/٧ .

(٣) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري ، الحجة الفقيه ، أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله. صحبه عشرين سنة . وتفقه به وبنظائره ، خرج عنه البخاري في صحيحه . توفي سنة ١٩١ هـ .

انظر ترجمته في : شجرة النور الزكية (٥٨) . الأعلام (٩٧/٤).

(٤) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري ، روى عنه الذهلي والبخاري وأبو حاتم الرازي وغيرهم . قال ابن الماجشون : ما أخرجت مصر مثل أصبغ . توفي سنة ٢٢٥ هـ .

انظر ترجمته في : وفيات الاعيان (١ ٢٤٠) . شجرة النور الزكية (٦٦).

(٥) انظر : المقدمات ٤٤٥/٢ . الذخيرة ٦ ٢٧٩، . مواهب الجليل ٢٠٧/٨ ، حاشية الدسوقي ٥١٣/٥.

والمذهب عند الحنابلة [١].

جاء في بدائع الصنائع : " فإن كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أم ليس بفعله ، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة " [٢]، وفي مواهب الجليل :" وقال أصبغ : يمنع اعتصارها ، وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم " [٣]، وجاء في الإنصاف : "وهل تمنع الزيادة المتصلة الرجوع على روايتين : إحداهما : تمنع . قال في القاعدة الحادية والثمانين : "والمنصوص عن أحمد امتناع الرجوع ، وهو المذهب " [٤].

القول الثاني : لا تمنع الرجوع ، والزيادة تتبع الأصل .

وهو قول بعض المالكية [٥]، ومذهب الشافعية [٦]، ورواية عند الحنابلة [٧].

جاء في مواهب الجليل : " أما إذا تغيرت الهبة في عينها فقد قال مطرف وابن الماجشون : زيادتها في عينها ونقصها لا يمنع الرجوع " [٨]، وفي مغني المحتاج: "ولو زاد الموهوب رجع الأصل فيه بزيادته المتصلة " [٩]، وفي الإنصاف : "والرواية

---

(١) انظر : المغني ٢٦٦/٨ ، الإنصاف ١٥١/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٣٨/٢ .
(٢) ١٩٥/٦ .
(٣) ٢٧/٨ .
(٤) ١٥١/٧ .
(٥) انظر : مواهب الجليل ٢٧/٨ ، حاشية الدسوقي ٥١٣/٥ .
(٦) انظر : روضة الطالبين ٤٤٦/٤ ، المهذب ٣٣٥/٢ ، مغني المحتاج ٥٧٠/٣ .
(٧) انظر : المغني ٢٦٦/٨ ، الإنصاف ١٥١/٧ ، المبدع ٣٧٩/٥ .
(٨) ٢٧/٨ .
(٩) ٥٧٠/٣ .

الثانية : لا تمنع ، نص عليه في رواية حنبل[١] وهو اختيار القاضي[٢] وأصحابه"[٣].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن العين الموهوبة إذا زادت زيادة متصلة منعت من الرجوع بما يلي :

الدليل الأول : أنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع النماء ، لأن النماء ليس بموهوب ، إذ لم يرد عليه العقد ، فلا يجوز أن يرد عليه الفسخ . ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون النماء هنا ، لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً [٤].

الدليل الثاني : أن النماء للموهوب له ، لأنه نماء ملكه ، ولم ينقل إليه من جهة الواهب فلم يملك الرجوع فيه . وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص [٥].

الدليل الثالث : أنه استرجاع مال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه النماء المتصل ، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق قبل الدخول، أو رجوع البائع في المبيع بفلس المشتري [٦].

---

(١) هو أبو علي حنبل بن إسحاق بن حنبل الشيباني ، ابن عم الإمام أحمد ، وتلميذه ، وكان ثقة ثبتاً ، سمع أبا نعيم الفضل بن دكين . توفي سنة ٢٧٣هـ . انظر ترجمته : طبقات الحنابلة (١٤٥/١)، شذرات الذهب (٦٣/٢).

(٢) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء شيخ الحنابلة في وقته ، وعالم عصره في الأصول والفروع . ولاه القائم العباسي قضاء دار الخلافة والحريم وحرّان وحلوان ، له مصنفات ، منها : أحكام القرآن ، الأحكام السلطانية ، الجامع الصغير ، توفي سنة ٤٥٨هـ . انظر ترجمته : شذرات الذهب (٣٠٦/٣)، طبقات الحنابلة (١٩٣/٢).

(٣) ١٥١/٧ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٩٨/٥ . بدائع الصنائع ١٩٥/٦ .

(٥) انظر : المغني ٢٦٦/٨ ، المبدع ٣٧٩/٥ . كشاف القناع ٣٨٠/٤ .

(٦) المصادر السابقة .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الزيادة المتصلة لا تمنع من الرجوع بما يلي :

الدليل الأول : أن حق الرجوع كان ثابتاً في الأصل فثبت في التبع ، فإن ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل ، ولا يجوز أن يبطل الحكم الثابت في الأصل بسبب التبع [١].

نوقش : بأن حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب بعينه ، فلا يثبت بما ليس بموهوب تبعًا كان أو أصلاً ، وهنا الحق في الأصل ضعيف ، وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوي ، فإذا تعذر التمييز بينهما رجحنا أقوى الحقين ، وجعلنا الضعيف مدفوعاً بالقوي [٢].

الدليل الثاني : أنه نماء في الموهوب فلم يمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض، وكالنماء المنفصل [٣].

نوقش : بأن النماء في الهبة حدث على ملك المتهب بعد تمام ملكه عليها بالقبض ، ويفارق ما قبل القبض بأن الملك لم يتم هناك ، والقياس على النماء المنفصل مع الفارق ، وذلك أنه ينافي الرجوع في الأصل من غير ضرر ، ويبقى النماء لمالكه من غير ضرر ، والمتصل لا يمكن فيه ذلك فافترقا [٤].

الدليل الثالث : أن العقد لما كان لازماً في حق الواهب دون الموهوب له ، وكان النماء للموهوب له ، كان له تركها ورد الهبة [٥].

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٥٧٠/٣ ، المغني ٢٦٦/٨ ، المبدع ٣٧٩/٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٦ ١٩٥ .

(٣) انظر : المبسوط ٨٣/١٢ .

(٤) انظر : المبسوط ٨٣/١٢ ، تبيين الحقائق ٩٨/٥ .

(٥) انظر : المنتقى ١١٥/٦ .

ويناقش هذا الاستدلال : بأنها إنما تستقيم عند رضا المتهب فقط ، وليس في هذا حجة ، إذ إنه في حال التراضي يصح فسخ العقود اللازمة ، فلا محل للاحتجاج به .

الراجح : تبين لي بعد عرض قولي الفقهاء ، وما جاء فيهما من أدلة ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، رجحان القول الأول ، لوجاهة الأدلة التي استدلوا بها ، وعدم انفكاك أدلة المخالفين عن المناقشة ، ولأن فصل الزيادة المتصلة الطارئة على العين الموهوبة من الأصل متعذر ، فامتنع الرجوع فيها .

المطلب الثاني

موت أحد العاقدين

قد يطرأ الموت على أحد العاقدين ـ الواهب أو الموهوب له ـ ، فإذا طرأ على أحدهما فهل يكون مانعا من الرجوع في الهبة ، ومسقطاً لحق الرجوع لمن ثبت له ؟

لا يخلو الميت في عقد الهبة من حالين : فإما أن يكون واهباً ، وإما أن يكون موهوباً له .

الحال الأولى : إذا كان الميت هو الواهب:

تقدم فيما سبق بيان الأحوال التي يكون للواهب فيها حق الرجوع ، فهي منحصرة في حالين ـ على القول الراجح ـ : رجوع الأجنبي قبل قبض الهبة ، ورجوع الوالد في هبته لولده . وهاتان الحالتان يثبت فيهما حق الرجوع دون غيرهما من الأحوال . فإذا مات الواهب في هاتين الحالتين فهل يؤثر موته على عقد الهبة ، وما مدى قوة هذا التأثير ؟

أولاً : إذا مات الواهب قبل القبض .

اختلف الفقهاء فيما يترتب على عقد الهبة في حالة ما إذا مات الواهب قبل أن يقبض الموهوب له العين الموهوبة على قولين :

القول الأول: أن العقد ينحل بموت الواهب ، ويكون لورثته حق الرجوع في العين الموهوبة .

وهو قول المالكية [1]، وقول للشافعية [2]، والمذهب عند الحنابلة [3].

---

(١) انظر : القوانين ٣١٦ ، المنتقى ٦/٩٤ ، الذخيرة ٦/٢٣١ ، حاشية الدسوقي ٥/٤٩٨ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤/٤٣٧، مغني المحتاج ٣/٥٦٦ .

(٣) انظر : المغني ٨/٢٤٣ ، الإنصاف ٧/١٢٤، المبدع ٥/٣٦٤ ، كشاف القناع ٤/٣٦٦ .

جاء في القوانين : " إن مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة " [١]، وجاء في مغني المحتاج : " فلو مات أحدهما ـ الواهب أو الموهوب له ـ بين الهبة والقبض: ... وقيل : ينفسخ العقد " [٢]، وجاء في المغني :" وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة " [٣].

القول الثاني : لا تنحل ، ويقوم الوارث مقامه في الإقباض .

وهو الأصح عند الشافعية [٤]، وقول بعض الحنابلة [٥].

جاء في مغني المحتاج : " فلو مات أحدهما بين الهبة والقبض لم ينفسخ العقد وقام وارثه مقامه "[٦]. وجاء في المغني : " قال أبو الخطاب [٧]: إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ "[٨].

أدلة القول الأول: استدل القائلون بعدم انحلال عقد الهبة بموت الواهب قبل القبض: بأنه عقد مآله إلى اللزوم،فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار[٩].

---

(١) ٣١٦ .

(٢) ٥٦٦/٣ .

(٣) ٢٤٣/٨ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٤٣٧/٤ ، مغني المحتاج ٥٦٦/٣ .

(٥) انظر : المغني ٢٤٣/٨ ، الإنصاف ١٢٤/٧ .

(٦) ٥٦٦/٣ .

(٧) هو أبو الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني ، إمام الحنابلة في وقته ، أصله من كلواذا بضواحي بغداد ، له عدة مصنفات ، منها : التمهيد ، الانتصار في المسائل الكبار ، توفي سنة ٤٣٢هـ . انظر ترجمته : طبقات الحنابلة (٢٥٨/٢) ، المنهج الأحمد (١٩٨/٢).

(٨) ٢٤٣/٨ .

(٩) انظر : المغني ٢٤٣/٨ ، المبدع ٣٦٤/٥ .

يناقش هذا الدليل : بأنه قياس مع الفارق فالبيع عقد معاوضة ، والهبة عقد تبرع فافترقا ، ولو سلمنا بصحة هذا القياس ، فالبون بينهما ظاهر والفرق واضح . فإن الأصل في عقد البيع اللزوم ولا يرتفع عنه هذا الوصف إلا إذا تضمن البيع خياراً ، أياً كان نوع هذا الخيار ، ثم يرجع إلى اللزوم بانتهاء الخيار، بخلاف الهبة فإنها في أصلها جائزة غير لازمة . ولزومها متوقف على القبض ، لذا لا يصلح إلحاقها بالبيع ، بل تأخذ حكم العقد الجائز .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون ببطلان عقد الهبة بموت الواهب قبل القبض . بأن الهبة عقد جائز ، فتبطل بموته كالوكالة [١].

الراجح : تبين لي رجحان القول الثاني ، وظهوره على القول الأول ، لما تقدم من أن العقد الجائز يبطل بموت أحد العاقدين ، والهبة في هذه الحالة عقد جائز فبطل بموت الواهب ، ولأن المال بعد موت الواهب انتقل إلى ورثته ، والورثة لم يصدر منهم إيجاب للهبة ، فيبقى جميع ما انتقل إليهم من مال مورثهم محض ملكهم.

ثانياً : إذا مات الواهب بعد القبض .

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بلزوم الهبة بالقبض أن موت الواهب بعد قبض الهبة لا أثر له ، لأن الهبة انتقلت إلى ملك الموهوب له بمجرد القبض ، فلما لم يكن له الرجوع فيها في حياته فيكون منع رجوع ورثته فيها بعد مماته من باب أولى. أما إذا كان الميت هو الوالد الذي ثبت له بالنص الرجوع في هبته لولده ، فهل ينتقل حقه في الرجوع إلى ورثته أم لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن حق الرجوع ينتقل للورثة بعد موت أبيهم .

---

(١) انظر : المغني ٢٤٣/٨ ، المبدع ٣٦٤/٥ .

وهو قول المالكية [١]، ورواية عند الحنابلة [٢].

جاء في الذخيرة : " ورثة كل واحد من الواهب والموهوب له يقومون مقامه فيما كان له " [٣]، وجاء في الإنصاف : " وعنه : لا يثبت ، وللباقين الرجوع ، اختاره ابن بطة [٤] ، وابن عقيل[٥] ، والشيخ تقي الدين" [٦].

القول الثاني : أن حق الرجوع يبطل بموته ، ولا يثبت للورثة حق الرجوع، ويكون الملك للمعطي .

وهو قول الشافعية [٧]، والمنصوص عند الحنابلة [٨].

جاء في المجموع ما نصه : " لو وهب لولده شيئاً فمات الواهب لا ينتقل حق الرجوع فيه للورثة " [٩]، وجاء في المغني :" إذا فاضل بين ولده في العطايا ، أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم ، وليس لبقية الورثة الرجوع . هذا المنصوص عن أحمد..." [١٠].

---

(١) انظر : الذخيرة ٦ ٢٨٦ . حاشية الدسوقي ٥١٢/٥ .

(٢) انظر : المغني ٢٧٠/٨ ، شرح الزركشي ٣٠٩/٤ ، الإنصاف ١٤١/٧ .

(٣) ٢٧٦/٦ .

(٤) هو عبد الله بن محمد بن محمد بن حمدان العكبري المعروف بابن بطة ، كان أماراً بالمعروف ، ولم يبلغه منكر إلا غيره ، له عدة مصنفات ، منها : الإبانة الكبرى ، الإبانة الصغرى ، السنن وغيرها . انظر ترجمته : طبقات الحنابلة (٦٩/٢).

(٥) هو أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي ، عالم العراق وشيخ الحنابلة في وقته ، برع في فنون عديدة ، وكان قوي الحجة ، له مصنفات ، منها : الفنون ، الواضح في الأصول ، توفي سنة ٥١٣هـ . انظر ترجمته : شذرات الذهب ٣٥/٤ ، الأعلام ٣١٣/٤ .

(٦) ١٤١/٧ .

(٧) انظر : المجموع ٩ ٢١١ ، مغني المحتاج ٥٦٨/٣ ، نهاية المحتاج ٤١٧/٥ .

(٨) انظر : المغني ٢٧٠/٨ ، الإنصاف ١٤٠/٧ ، كشاف القناع ٣٧٥/٤ .

(٩) ٢١١/٩ .

(١٠) ٢٧٠/٨ .

أدلة القول الأول : استدل القائلون : بأن حق الرجوع ينتقل إلى الورثة بعد موت أبيهم بما يلي :

الدليل الأول : ما روي عن النعمان بن بشير أنه قال : تصدق علي أبي ببعض ماله.... " [١].

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر هذه المفاضلة جورا وأمر بشيرًا برد ما نحل لابنه ، بل امتنع من الشهادة عليها ، والجور حرام ، والأمر يقتضي الوجوب ، وهذا فيه دلالة صريحة على تحريم تفضيل بعض الأولاد على بعض في الهبة . فإذا ثبت أنه لا يصلح وليس بحق ـ وما لم يكن حقاً فهو باطل قطعاً ـ لم يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله ، والموت لا يغيره عن كونه جوراً فيجب رده بعده ـ أي الموت ـ كما يجب رده قبله [٢].

نوقش : بأن حديث النعمان لا يدل على تحريم تفضيل بعض الولد على بعض من عدة وجوه :

الوجه الأول : أن قوله ﷺ : " أشهد على هذا غيري " يدل على أن هبة بشير لولده النعمان صحيحة . لأنه لم يأمره بردها ، وفي المقابل أمره بتأكيدها ، وذلك بإشهاد غيره عليها ، فلو كانت باطلة لما جاز إشهاد غيره عليها [٣].

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة : أن قوله " أشهد على هذا غيري " ليس بأمر ، إنما هو تهديد له على هذا الفعل ، ومما يدل على أنه ليس بأمر ما يلي:

أولاً : إن أدنى أحوال الأمر الاستحباب ، ولا خلاف بين العلماء في كراهة التفضيل بين الأولاد .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : المغني ٨/٢٠٠ . شرح الزركشي ٤ ٣٠٨ .

(٣) انظر : الاستذكار ٢٢/٢٩٥ ، شرح النووي ١١/٦٦ .

ثانياً : لو كان هـذا الخطـاب الموجـه إلى بشـير أمـراً لامتثـل أمـر النبـي ﷺ بإمضاء النحلة ، وهذا ما لم يفعله بشير ، بل رد ما نحله لابنه امتثالاً لأمره ﷺ .

وبهذا يتضح أن حمل الحديث على أن المراد بـه التـأكيد علـى الهبـة بإشـهاد الغير عليها ، حمل للحديث على التناقض والتضاد ، وهو ممتنع في خطاب الشرع .

الوجه الثاني : أن عمـل أبـو بكـر وعمـر رضي الله عنهما علـى المفاضلـة بـين الأولاد قرينة ظاهرة في أن الأمر بالتسوية للندب لا الوجوب ، فقد فضل أبو بكـر عائشـة بأن نحلها جداد عشرين وسقا دون سائر ولده ، كما فضل عمر بـن الخطـاب ابنـه عاصماً على سائر ولده في نحلة نحلها إياه دون سائر ولده [1].

نوقش : بأن تفضيل أبي بكر ابنته عائشة بجداد عشـرين وسـقاً دون سـائر ولده ترد فيه عدة احتمالات ، ومن هذه الاحتمالات [2]:

أولاً : يحتمل أنه خصهـا بالعطيـة دون سـائر ولـده لحاجتهـا وعجزهـا عـن الكسب والتسبب فيه .

ثانياً : يحتمل أنه نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك .

ثالثا : يحتمل أن إخوتها كانوا راضين بذلك .

ويتعين حمل هذا الأثر على هذه الوجوه ، لأن حملـه علـى مثـل محـل النـزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة . والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهـات ، وبمثله يجاب عن تفضيل عمر رضي الله عنه .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون : بأن حق الرجـوع للوالـد في هبتـه لولده يسقط بموته ، بما يلي :

---

(١) انظر : الاستذكار ٢٩٥/٢٢ . فتح الباري ٢٥٤/٥ .

(٢) انظر : فتح الباري ٢٥٤/٥ .

الدليل الأول : ما رواه مالك في تفضيل أبي بكر لعائشة [(١)].

وجه الدلالة : أن أبا بكر إنما رجع فيما نحل لابنته لكونها لم تحزه حتى حضرته الوفاة ، والهبة إنما تلزم بالقبض ، وفي هذه الحالة حتى لو قبضته كان حكمه حكم الوصية ، ولذا اختار الرجوع فيه ، وبين لعائشة أنها لو كانت حازته قبل ذلك لكان ملكاً لها ، ولم يكن للورثة أن يرجعوا فيه ، ولو كان يرى أن لهم أن يرجعوا فيه لما قال ذلك ، فدل ذلك على أن ما قبضه الولد في صحة الوالد يثبت للولد . ولا يحق لبقية الورثة أن يرجعوا فيه [(٢)].

نوقش : بأن قول أبي بكر إنما هو في حال غير الحال التي يجوز للورثة أن يرجعوا فيها ، لأن أبا بكر إنما خصَّ عائشة في النحلة دون سائر ولده لمعنى فيها يقتضي الاختصاص ، وهو حاجتها وعجزها عن الكسب مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين . من أجل ذلك لم يكن في هذا التخصيص ظلم لبقية الورثة يوجب الرجوع في الهبة ، ولذا لو قبضته قبل مرض موته لكان ملكاً لها ، ولو كان في ذلك ظلم لبقية الورثة لأمر أبو بكر بالتسوية أو الرجوع من أجله ، ولما لم يكن شيء من ذلك دل على ما تقدم [(٣)].

الدليل الثاني : ما روي عن عمر أنه قال : لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد " [(٤)].

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : المغني ٢٧٠/٨ ، ٢٧١ ، المبدع ٣٧٣/٥ .

(٣) انظر : مجموع الفتاوى ٢٩٥/٣١ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب يقبض للطفل أبوه (١٧٠/٦).

وجه الدلالة : أن عمر بين أن نحلة الوالد لولده تلزم وتثبت بالحوز ، فإذا تم القبض استقرت وثبتت للولد مما يدل على أن بقية الورثة ليس لهم أن يرجعوا فيها بعد موت والدهم [١].

يناقش هذا الاستدلال : أنه لم يتعرض إلى رجوع الوالد في الهبة ، ولا رجوع الورثة فيها بعد موت مورثهم ، وإنما دل على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض .

الدليل الثالث : أن الهبة لولده تلزم بالموت كما لو انفرد ، فلا يكون للورثة حق الرجوع [٢].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأنه إن كان له أولاد غير الموهوب له فإنه يترتب على هبته له دون بقية أخوته ظلم لهم ، لذا وجب عليه الرجوع ، أو أن يرفع هذا الظلم وذلك بالتسوية بينهم ، فإن لم يقم بذلك حتى مات كان لبقية أولاده أن يقوموا مقامه في الرجوع ، بخلاف ما لو انفرد الموهوب له إذا كان ابناً ، فإنه لا يجب على الوالد بل هو فيه بالخيار ، ويسقط بموته ولا ينتقل الحق إلى أحد.

الدليل الرابع : أن هبة الوالد لولده تلزم بالموت كما لو كان الموهوب له أجنبياً ، فلا يكون للورثة حق الرجوع [٣].

يناقش هذا القياس: بأنه مع الفارق ، وذلك لأن الواهب في حياته ليس له أن يرجع فيما وهبه للأجنبي فورثته بعد موته من باب أولى ، بخلاف ما وهب لولده فإن له أن يرجع فيه ، فإن مات قاموا مقامه في الرجوع وذلك لرفع الظلم عنهم .

---

(١) انظر : المغني ٢٧١/٨ ، المبدع ٥ ٣٧٣ .

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) انظر : المبدع ٣٧٣/٥ .

الدليل الخامس : أن حق الرجوع حق مجرد ، والحقوق المجردة لا تورث ابتداء ، وإنما تورث تبعاً للمال ، وبقية الورثة لا يرثون الموهوب فلا يرثون حق الرجوع [١].

يناقش : بأنه لا يسلم بأن حق الرجوع حق مجرد ، وإنما هو حق متعلق بالمال، لأن المال في مثل هذه الحالة أشبه ما يكون بالمال الحرام الذي لا يحل لآخذه تناوله ، ويجب عليه رده ، لذا كان حق الرجوع حقاً موروثاً .

الدليل السادس : أن حق الرجوع حق مجرد متعلق بصفة الأبوة وقد مات، فيسقط الحق [٢].

يناقش : بأن حق الرجوع إنما يكون حقاً متعلقاً بصفة الأبوة حيث لا يجب الرجوع كما لو كان الموهوب له منفرداً . أما حق الرجوع حيث يجب على الوالد لإقامة العدل بين أولاده فإنه لا يسلم بأنه حق متعلق بصفة الأبوة ، وإلا لما وجب عليه الرجوع .

الراجح : بعد هذا العرض وما اشتمل عليه من استدلالات ومناقشات ، فإني أميل إلى القول بأن الوالد إذا مات وقد نحل بعض ولده ولم يفعل ذلك مع الباقين فإن لبقية الورثة حق الرجوع في تلك النحلة وذلك لرفع الظلم وإقامة العدل، إلا إذا كان الوالد قد فضل بعض ولده لمعنى فيه يقتضي الاختصاص كحاجة ونحوها ، فإنه في مثل هذه الحالة لا يكون للورثة حق في الرجوع ، لعدم وجود ما يوجب الرجوع .

---

(١) انظر : المجموع ٩/٢١١ . مغني المحتاج ٣ ٥٦٨ .

(٢) انظر : المنثور ٢/٥٧ .

الحالة الثانية : إذا كان الميت هو الموهوب له .

إذا حاز الموهوب له العين الموهوبة فإنها تنتقل وتدخل في ملكه ، وإذا مات أصبحت من سائر ماله الذي يورث عنه ، فالموت لا يؤثر إذا طرأ على الموهوب له إذا تم القبض ، أما إذا كان الموت قد طرأ قبل ذلك ، فإنه لا يخلو من حالين :

الحال الأولى : أن يموت الموهوب له قبل القبول وبعد الإيجاب .

إذا مات الموهوب له بعد إيجاب الهبة من الواهب وقبل أن يقبل ، فهل يورث عنه القبول أم أن الهبة تبطل بموته ويرجع الموجب عن إيجابه ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : إن الهبة تبطل بموت الموهوب له قبل القبول ، فلا يورث عنه حق القبول .

وهو قول الحنفية [١]، وقول المالكية ــ إذا قصد الموهوب له بعينه ــ [٢]، وقول الشافعية [٣]، والصحيح عند الحنابلة [٤].

جاء في المبسوط : " فإن مات أحدهما قبل التسليم بطلت الهبة .." [٥]. وجاء في الشرح الكبير :" إذا مات الموهوب له الذي قصد بها عينه دون وارثه فتبطل لعدم القبول من الموهوب له "[٦]، وجاء في روضة الطالبين : "بعث هدية إلى إنسان ، فمات المهدى إليه قبل وصولها إليه ، بقيت الهدية للمهدي "[٧]. وجاء في

---

(١) انظر : المبسوط ١٢ ٤٨ ، تبيين الحقائق ٩١/٥ .

(٢) انظر: المنتقى٦/١٠٩ ، الذخيرة ٢٣٢/٦ ، مواهب الجليل ١٤/٨ ، حاشية الدسوقي٣٩٧/٥.

(٣) انظر : روضة الطالبين ٤ ٤٣٧ ، المهذب ٣٣٤/٢ ، مغني المحتاج ٥٦٦/٣

(٤) انظر : المغني ٢٤٣/٨ ، الإنصاف ١٢٤/٧ ، المبدع ٣٦٤/٥ .

(٥) ٤٨/١٢ .

(٦) ٣٩٧/٥ .

(٧) ٤٣٧/٤ .

كشاف القناع : "وإن مات المتهب أو الواهب قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطل العقد " [١]، قال في الإنصاف : " على الصحيح من المذهب " [٢].

القول الثاني : أن الهبة لا تبطل . ويقوم الوارث مقامه في القبول .

وهو قول المالكية ـ إذا لم يقصد الموهوب له بعينه [٣] ـ ، وقول للحنابلة[٤].

جاء في الشرح الكبير : " لو لم تقصد عينه ، بل هو وذريته كطعام حمل إليه لكثرة عياله لم تبطل بموت المرسل اليه ، فتكون لذريته " [٥]، وفي الإنصاف : "قيل: لا تبطل " [٦].

أدلة القول الأول : استدل القائلون : بأن حق القبول الثابت للموهوب له لا ينتقل إلى الورثة بعد موته بما يلي :

الدليل الأول : أن النبي ﷺ لما علم بموت النجاشي رد الهدية التي كان قد أرسلها إليه ، فلو كان حق القبول يورث وينتقل إلى الورثة لما أرجعها وردها . فدل ذلك على أن القبول لا ينتقل إلى ورثة الموهوب له [٧].

الدليل الثاني : أن الهبة عقد تمليك فلا تصح إلا بالإيجاب والقبول كالبيع وسائر التمليكات ، فإذا مات الموهوب له قبل القبول بطل الإيجاب ، كما يبطل الإيجاب في البيع بموت المشتري قبل القبول، فتكون الهبة باطلة لأن العقد لم يتم[٨].

---

(١) ٣٦٦/٤ .

(٢) ١٢٤/٧ .

(٣) انظر : الذخيرة ٢٣٢/٦ . مواهب الجليل ١٤/٨ ، حاشية الدسوقي ٣٩٧/٥ .

(٤) انظر : الإنصاف ١٢٤/٧ . كشاف القناع ٣٦٦/٤ .

(٥) ٣٩٧/٥ .

(٦) ١٢٤/٧ .

(٧) انظر : المغني ٢٤٣/٨ .

(٨) انظر : المبسوط ٥٧/١٢ . المغني ٢٤٣/٨ .

أدلة القول الثاني : يمكن أن يستدل لهم : بأن الواهب بإيجاب الهبة للموهوب له قد أخرج ملكه من العين الموهوبة ، ويتوقف دخولها في ملك الموهوب له على قبولها ، والقبول من جملة الحقوق التي تورث عن الميت ، فيكون للورثة أن يتملكوا العين الموهوبة ، وذلك بالقبول الذي انتقل إليهم بعد موت مورثهم .

يناقش هذا الاستدلال : بأنه مخالف لظاهر فعله ﷺ في هدية النجاشي ، حيث ردها بعد أن علم بموته . فلو كان خيار القبول ينتقل إلى الورثة بعد موت مورثهم لما رد النبي ﷺ الهدية التي بعثها إلى النجاشي ، فدل ذلك على أن خيار القبول لا يورث .

الراجح : الذي يظهر صوابه من هذين القولين : القول الأول ؛ لقوة أدلته ، ووجاهتها . وسلامتها من المناقشة ، ولأن القول الثاني لم ينهض بأدلة وبراهين تؤيده وتدعمه ، فكان القول الأول هو الأقرب إلى الصواب .

الحال الثانية : أن يموت الموهوب له بعد القبول وقبل القبض .

اختلف العلماء في أثر موت الموهوب له على عقد الهبة بعد قبوله الهبة وقبل أن يقبضها على قولين :

القول الأول: إن الهبة لا تبطل، ويقوم الوارث مقام الموهوب له في القبض.

وهو قول المالكية ــ فيما إذا لم يخص الواهب الموهوب له بعينه ــ [١]، والأصح عند الشافعية [٢].

---

(١) انظر : المنتقى ٦ ١٠٩ ، مواهب الجليل ١٤/٨ ، حاشية الدسوقي ٣٩٧/٥ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٣٧/٤ ، مغني المحتاج ٥٦٦/٣ ، نهاية المحتاج ٤١٥/٥ .

جاء في المنتقى : " من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلته "[١]، وجاء في روضة الطالبين :" ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض فوجهان ، وقيل قولان ، وأصحهما : لا ينفسخ "[٢].

القول الثاني : تبطل الهبة بمجرد موته ، فلا يقوم الوارث مقامه .

وهو قول المالكية ـ إذا كان المقصود بها الموهوب له بعينه ـ[٣]، وقول عند الشافعية[٤]، وقول الحنابلة[٥].

جاء في الشرح الكبير : " إن مات الموهوب له المعينة له الذي قصد بها عينه بطلت "[٦]، وجاء في روضة الطالبين :" ولو مات الموهوب له بعد العقد وقبل القبض فوجهان ، وقيل قولان ، أحدهما : لا ينفسخ العقد لجوازه "[٧]، وجاء في المغني :" إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة "[٨].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الهبة لا تبطل ، ويقوم الوارث مقام الموهوب له بما يلي :

الدليل الأول : أن الهبة تلزم بمجرد الإيجاب والقبول من غير قبض ، وإنما القبض شرط في نفاذها وتمامها، وحيث كانت عقداً لازماً فإنها لا تبطل بالموت[٩].

---

(١) ١٠٩/٦ .

(٢) ٤٣٧/٤ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ١٤/٨ . الفواكه الدواني ١٧٥/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٩٧/٥ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٤٣٧/٤ . مغني المحتاج ٥٦٦/٣ ، نهاية المحتاج ٤١٥/٥ .

(٥) انظر : المغني ٢٤٣/٨ ، الإنصاف ١٢٤/٧ ، المبدع ٣٦٤/٥ .

(٦) ٣٩٧/٥ .

(٧) ٤٣٧/٤ .

(٨) ٢٤٣/٨ .

(٩) انظر : المعونة ١٦٠٧/٣ .

يناقش هذا الاسدلال : بأن العقد في هذه الحالة جائز ، فالهبة عقد لا يلزم إلا بالقبض وقد تقدم تقرير ذلك وإثباته في المباحث السابقة .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الهبة تبطل بموت الموهوب له بما يلي:

الدليل الأول : أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض ، فتبطل بالموت كالوكالة والشركة بجامع الجواز في كل منها [١].

الراجح : الذي يبدو لي رجحانه هو القول الثاني ، لقوة دليله ، وهو أن الهبة عقد جائر لا يلزم إلا بالقبض . فإن لم يتم القبض انحل بسبب الموت شأنه سائر العفود الجائزة .

---

(١) انظر : المبسوط ٤٨/١٢ . المهذب ٣٣٤/٢ . المغني ٢٤٣/٨ .

الفصل الثامن

الرجوع في العمرى

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع في العمرى المطلقة .

المبحث الثاني : الرجوع في العمرى المقيدة .

الفصل الثامن

الرجوع في العمرى

العمرى التي لم يذكر فيها العقب لا تخلو من حالين من حيث الإطلاق والتقييد ، فإما أن تكون مطلقة غير مقيدة بزمن . وإما أن تكون مقيدة ، وفي كل خلاف بين الفقهاء من حيث صحة تقييد العمرى ، والرجوع عند بلوغ الأجل . وكذا الرجوع في العمرى المطلقة عند موت المعمر ، لذا فسأعرض الخلاف في كل منهما مع الترجيح ما أمكن.

المبحث الأول

الرجوع في العمرى المطلقة[1]

إذا قال المعمِر للمعمَر : هي لك ولعقبك ، فلا خلاف بين الفقهاء في أن العين المعمرة تدخل في ملك المعمر . ويكون الملك فيها متوجهاً إلى رقبة العين المعمرة ، وذلك لما روي عنه ﷺ أنه قال : أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه ، فإنها

---

(١) العمرى في اللغة : ما تجعله لرجل طول عمرك أو عمره ، تقول : عمرته إياه وأعمرته : جعلته له عُمُرَة أو عمرى . قال ثعلب : العمرى أن يدفع الرجل إلى أخيه داراً فيقول : هذه لك عُمُرك أو عُمُري ، أينا مات دفعت الدار إلى أهله ، وكان دلك فعلهم في الجاهلية .

انظر : لسان العرب مادة (عمر) (٣١٠٠١٠٥).

واصطلاحاً : نوع من الهبة تفتقر إلى ما تفتقر إليه سائر الهبات ، وصورتها : أن يقول الرجل : أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمرى ، أو ما عشت أو مدة حياتك ، أما ما حييت أو نحو هذا . وعرفها المالكية بأنها : تمليك منفعة مملوك حياة المعطى بغير عوض .

انظر : الشرح الصغير (٤٦١/٥) . كفاية الأخيار (٦١٧/١) ، المغني (٢٨١/٨ ـ ٢٨٢) .

للذي يُعطاها ، لا ترجع إلى الذي أعطاها ، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث"[١].

وقال ﷺ من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه . فقد قطع قوله حقه فيها ، فهي لمن أعمر ولعقبه " [٢].

إذا كانت العمرى مطلقة هل يكون التمليك في هذه الحالة متوجهاً إلى رقبة العين المعمرة . فتكون للمعمر ولورثته من بعده . ولا يملك المعمر حينئذ الرجوع فيها ، أم أنه متوجه إلى منفعة العين المعمرة . فيكون للمعمر الرجوع فيها بعد موت المعمر ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : التمليك متوجه إلى رقبة العين المعمرة ، فلا رجوع للمعمر فيها في أي حال من الأحوال . بل هي ملك للمعمر ولورثته من بعده .

وهو قول الحنفية [٣] والشافعية [٤] والحنابلة [٥].

جاء في بدائع الصنائع : " فإن قال : أعمرتك هذه الدار أو جعلت لك هذه الدار عمرى .. فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولورثته بعد وفاته"[٦]، وفي المهذب : "إن قال : أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك فهذه عطية

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ــ كتاب الهبات ــ باب العمرى (١٢٤٥/٣)، وأبو داود في سننه ــ كتاب البيوع ــ باب من قال فيه ولعقبه (٢٩٢/٣). والترمذي في سننه كتاب الأحكام ــ باب ما جاء في العمرى (٦٣٢/٣)، والنسائي في سننه ــ كتاب العمرى ــ باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى (٥٩٠/٦)،.ومالك في الموطأ ــ كتاب الأقضية ــ باب القضاء في العمرى (٧٥٦/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب الهبات ــ باب العمرى (١٧٢/٦).

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه ــ كتاب الهبات ــ باب العمرى (٧٩٦/٢).

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٩٢/٥ . ٩٣ ، بدائع الصنائع ١٧٦/٦ ، فتح القدير ٢٥/٩ .

(٤) انظر : المهذب ٣٣٦/٢ . مغني المحتاج ٥٦٢/٣ . نهاية المحتاج ٤٠٩/٥ .

(٥) انظر : المغني ٢٨٣/٨ . الإنصاف ١٣٤/٧ . شرح منتهى الإرادات ٤٣٥/٢ .

(٦) ١٧٦/٦ .

صحيحة تصح بالإيجاب والقبول ويملك فيها بالقبض ، ولا ترجع إلى الذي أعطاها" [١]، وفي الإنصاف :" تكون للمعمر ولورثته من بعده ، وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب " [٢].

القول الثاني : التمليك متوجه إلى منفعة العين المعمرة فترجع إلى صاحبها بعد موت المعمر .

وهو قول المالكية [٣].

جاء في بداية المجتهد : " ليس للمعمر فيها إلا المنفعة ، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته . وبه قال مالك وأصحابه " [٤].

أدلة القول الأول : استدل أصحاب القول الأول لقولهم بما يلي :

الدليل الأول: حديث جابر: قضى النبي ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له"[٥].

وجه الدلالة : أنها صريحة في ثبوت ملكية المعمر لذات العين المعمرة حتى إنها من جملة أمواله التي تورث عنه إذا مات . وهذه هي حقيقة ملكية الرقبة [٦].

نوقش : بأنه ليس عليه عمل أهل المدينة [٧].

وأجيب عن هذه المناقشة : بأنها مردودة من وجهين :

---

(١) ٣٣٦/٢ .

(٢) ١٣٤/٧ .

(٣) انظر : بداية المجتهد ١٥٤٠/٤ ، الإشراف ٦٧٤/٢ ، القوانين ٣١٩ .

(٤) ١٥٤٠/٤ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب الهبة وفضلها ــ باب ما قيل في العمرى والرقبي (٣١٦/٣) ومسلم في صحيحه ــ كتاب الهبات ــ باب العمرى (١٢٤٦/٣).

(٦) انظر : الاستذكار ٣٢١/٢٢ ، بدائع الصنائع ١٧٩/٦ ، المبدع ٣٦٩/٥ .

(٧) انظر : التمهيد ١١٥/٧ ، سبل المسالك ٢٩٨/٤ .

الأول : أنه لا يسلم بانه ليس عليه عمل أهل المدينة ، بل روى ذلك عن عدد من الصحابة منهم جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة ﷺ [١].

الثاني : لو سلم بأن عمل أهل المدينة على خلاف ذلك فإنه لا حجة بقول أحد دون رسول الله ﷺ ، وقد ثبت قضاؤه فيها وعلم ، فوجب الأخذ به وبناء الحكم عليه .

قال ابن قدامة[٢] : " قول ابن القاسم لا يقبل في مخالفة من سمي من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ، ولا يصح أن يدعي إجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم ، وقضى بها طارق بالمدينة بأمر ابن مروان "[٣].

أدلة القول الثاني : استدل من قال : بأن التمليك متوجه إلى منفعة العين المعمرة بما يلي :

الدليل الأول : كون التمليك في العمرى متوجهاً إلى منفعة العين المعمرة هو مقتضى لغة العرب ، وهذه الحقيقة اللغوية لابد أن يكون لها تأثير في الحكم .

---

(١) انظر : صحيح مسلم ـ كتاب الهبات ـ باب العمرى (١٢٤٧/٣) ، والسنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب العمرى (٦ ١٧٣).

(٢) هو أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر المقدسي الدمشقي القرشي . من فقهاء الحنابلة ، ولد بجمّاعيل . ثم قدم دمشق فقرأ القرآن وحفظ مختصر الخرقي . قال ابن غنيمة : ما أعرف أحداً في زماني أدرك رتبة الاجتهاد إلا الموفق . من تصانيفه : المغني ، الكافي ، المقنع .. ، توفي سنة ٦٢٠هـ .

انظر ترجمته في : سير أعلام النبلاء (١٦٥/٢٢)، الذيل على طبقات الحنابلة (١٣٣/٢)، الأعلام (١٩١/٤).

(٣) المغني ٢٨٤/٨ .

قال ابن الأعرابي [١]: لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والمنحة والعارية والسكنى والإطراق أنها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له [٢].

يناقش : بأنها وإن كانت عند العرب تمليك المنافع ، إلا أن الشرع نقلها إلى تمليك الرقبة ، فتعين بذلك الأخذ بالمفهوم الشرعي وإن كان معارضاً للمفهوم اللغوي .

الدليل الثاني: أن ملك المعمر المعطي ثابت بالإجماع قبل أن يحدث العمرى، فلما أحدثها اختلف العلماء في إزالة لفظه بالعمرى رقبة ملكه ، والواجب أن لا يزول ملكه إلا بيقين [٣].

يناقش : بأن إزالة ملك المعمر عن العين المعمرة مصدره قضاء النبي ﷺ وحكمه ، فلا يلتفت إلى نحو هذا الدليل العقلي في مخالفة ما ثبت عن النبي ﷺ .

الدليل الثالث : أن تمليك الرقاب من حقه أن يقع مطلقاً ، فإذا كان المالك قد علق التمليك بعمر المعطى علم أنه لم يرد تمليك الرقبة ، فوجب حمله على ما يصح ، وهو تمليك المنافع . لأن التوقيت يدخل فيه [٤].

يناقش : بأن هذا الدليل ليس في محل النزاع ، فالكلام هنا في العمرى المطلقة ، أما العمرى المقيدة والمشترط عودها بعد موت المعمر فهذه محل نزاع بين الفقهاء ، سيأتي الكلام عليها بعد هذه المسألة .

---

(١) هو أبو عبد الله محمد بن زياد بن الأعرابي ، النحوي اللغوي ، إمام في النحو واللغة نسابة ، كثير السماع والرواية . كان إليه المنتهى في معرفة لسان العرب . توفي سنة ٢٣١هـ . انظر ترجمته : سير أعلام النبلاء ٦٨٧/١٠ ، الأعلام ١٣١/٦.

(٢) المصدر السابق . وانظر : لسان العرب مادة (عمر) (٣١٠١/٥).

(٣) انظر : التمهيد ١١٥/٧ .

(٤) الإشراف ٨٢/٢ ، المغني ٨ ٢٨٣.

الراجــح : وبهذا العرض اتضح لي جليـاً رجحـان القـول الأول ، لـورود النص فيه ، والحجة في قوله ﷺ وأمره وقضائه ، أما أدلة القـول الثـاني وإن كـانت وجيهة إلا أنها مدفوعة بالمناقشات الواردة عليها .

المبحث الثاني

الرجوع في العمرى المقيدة

إذا كانت العمرى مقيدة ، كأن يقول المعطي : أعمرتك هذه الدار مدة حياتك ، فهل يكون لهذا التقييد أثر في رجوع العين المعمرة إلى المعطى بعد موت المعمر ، ويكون هذا التقييد شرطاً يجب الوفاء به ، أم أنه غير معتبر وتكون عطية كسائر العطايا تملك بمجرد القبض ويكون التمليك فيها متعلقاً برقبة العين المعمرة، فتكون ملكاً خالصاً للمعمر ولورثته من بعده ؟ للعلماء قولان في هذه المسألة :

القول الأول : إن المعطى إن شرط رجوع العين المعمرة إليه عند موت المعمر صح الشرط ، ويكون التمليك حينئذ متوجهاً إلى منفعة العين المعمرة لا إلى رقبتها .

وهو قول المالكية [١]، ورواية عند الحنابلة [٢].

جاء في مواهب الجليل:" فإن كانت مقيدة بأجل فقال : أعمرتك هذه الدار سنة أو عشراً أو حياتي أو حياتك كانت على ما أعطى " [٣]، وفي الإنصاف: "وإن شرط رجوعها إلى المعْمر عند موته ... صح الشرط ، وهذا إحدى الروايتين"[٤].

القول الثاني : أنها تكون للمعمَر ولورثته ويسقط الشرط .

وهو قول الحنفية [٥]. والأصح عند الشافعية [٦]، والمذهب عند الحنابلة [٧].

---

(١) انظر : التمهيد ١٢٤/٧ . الذخيرة ٢١٧/٦ ، مواهب الجليل ٢٣/٨ .

(٢) انظر : المغني ٢٨٥/٨ . شرح الزركشي ٣١٧/٤ . المبدع ٣٧٠/٥ ، الإنصاف ١٣٤/٧ .

(٣) ٢٣/٨ .

(٤) ١٣٤/٧ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ١٧٦/٦ ، البحر الرائق ٤٨٤/٧ .

(٦) انظر : روضة الطالبين ٤٣٣/٤ ، مغني المحتاج ٥٦٢/٣ ، نهاية المحتاج ٤١٠/٥ .

(٧) انظر : المغني ٢٨٥/٨ ، الانصاف ١٣٤/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٣٥/٢ .

جاء في البحر الرائق : "وكذا لو شرط الرجوع صريحاً يبطل شرطه ، كما لو قال : وهبتك هذا العبد حياتك أو أعمرتك داري هذه حياتك فإذا مت فهي لي، أو إذا مت فهو لورثتي هذا تمليك صحيح وشرط فاسد " [١]، وفي مغني المحتاج: " لو قال مع قوله أعمرتكها : فإذا مت عادت إليّ أوإلى وارثي فكذا هي هبة وإعمار صحيح في الأصح وبه قطع الأكثرون ، ويلغو ذكر الشرط " [٢]، وفي الإنصاف : " وعنه : لا يصح الشرط وتكون للمعمر ولورثته من بعده ، وهو المذهب " [٣].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بصحة الشرط ، وبأن للمعمر حق الرجوع إذا مات المعمر بما يلي :

الدليل الأول : حديث جابر ﷺ : " إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك . فأما إذا قال : هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها " [٤].

وجه الدلالة : أنه صريح في صحة اشتراط رجوع العمرى إلى صاحبها بعد موت المعمر [٥].

---

(١) ٤٨٤/٧ .

(٢) ٢٨٢/٣ .

(٣) ١٣٥/٧ .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ـ كتاب الهبات ـ باب العمرى (١٢٤٦/٣)، وأبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب من قال فيه ولعقبه (٢٩٣/٣)، وابن حبان في صحيحه ـ كتاب الهبة ـ باب ذكر البيان بأن إعمار المرء داره في حياته من غير ذكر ورثته بعده لا تكون العمرى للمعمر له (٥٣٩/١١) ، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب العمرى (١٧٣/٦).

(٥) انظر : الإشراف ٨٢/٢ . شرح الزركشي ٣١٨/٤ .

نوقش : بأن قوله : " فاما إذا قال : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها " بأنها مترددة بين أمرين ودائرة بين احتمالين [١]:

أحدهما : أن هذا المقطع من الحديث من كلام جابر نفسه .

ثانيهما : أنه مدرج من كلام الزهري ، بدليل أنه روي عن جابر من طريق أخرى وليس فيها قوله : " فأما إذا قال : ..... " .

وعلى كل ، فإنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ ، وجابر وإن كان هو راوي الحديث ، فإن العبرة بما روى لا بما رأى .

الدليل الثاني : قوله ﷺ : " المسلمون على شروطهم " [٢].

وجه الدلالة : أن الحديث أفاد لزوم الشروط التي يشترطها العاقدان مما لا يخالف الكتاب ولا السنة ، واشتراط المعمر رجوع العين المعمرة بعد موت المعمر ليس فيه هذا المحذور فله شرطه [٣].

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : أنه مخالف لما روي عن جابر في صحيح مسلم ، حيث جاء في الحديث قوله : " ولا يجوز للمعطي فيها شرط ولا ثنيا" ، وهذا نص في المسألة .

الثاني : أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد ، فالهبة وما في معناها لا يدخل فيها التأقيت ، لأن الأصل فيها نقل ملكية العين الموهوبة أو المعمرة إلى المُعْطى ، والتأقيت ينافي هذا الأصل .

الدليل الثالث : قول القاسم بن محمد لما سئل عن العمرى مما يقول الناس فيها ، قال : " ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا "،

---

(١) انظر : التمهيد ١١٢/٧ ، المغني ٢٨٦/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٤٣٥/٢ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : التمهيد ١١٥/٧ ، المدع ٣٧٠/٥

وقد أدرك القاسم جمعاً من الصحابة وروى عنهم ، فالذي يظهر أن مراده بالناس الذين أدركهم الصحابة [(١)].

يناقش هذا الدليل من عدة وجوه :

الأول : أنه مخالف لما روي عنه ﷺ من عدم جواز اشتراط المعطى في العمرى .

الثاني : أن الناس الذي عناهم القاسم في كلامه يحتمل أن يكونوا من الصحابة أو من غيرهم ، فإن كانوا صحابة فلا عبرة بقولهم في مقابلة كلام المصطفى ﷺ ، وإن كانوا من غيرهم فطرح قولهم أولى .

الثالث : أن الشروط الواردة في كلام القاسم تحمل على ما إذا كانت لا تنافي مقتضى العقد ، فإنه يتعين العمل بها لعموم الأدلة الدالة على لزوم الوفاء بالشروط ، أما إن كانت تنافي مقتضاه فإنه يجب إبطال الشرط ، وهنا ينبغي حمل هذه الشروط على ما إذا كانت لا تنافي مقتضى العقد .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بعدم صحة الشرط ، وأن العمرى تكون للمعمر ولورثته من بعده بما يلي :

الدليل الأول : حديث جابر ﷺ " أن رسول الله ﷺ قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهي له ، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا ثنيا " [(٢)].

وجه الدلالة : أنه صريح في إبطال شرط المعمر رجوعها إليه بعد موت المعمر وانقراض عقبه ، وهذه صفة لا تكون إلا في تمليك الرقاب [(٣)].

---

(١) انظر : الذخيرة ٢١٧/٦ ، المبدع ٣٧٠/٥ .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ـ كتاب الهبات ـــ باب العمرى (١٢٤٦/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب العمرى (١٧٢/٦).

(٣) انظر : المحلى ١٣٣/٨ .

الدليل الثاني : قوله ﷺ : " لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته " [١].

وجه الدلالة : أنه صريح في إبطال الشرط ، لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله [٢].

الدليل الثالث : حديث جابر : " أمسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها ، فمن أعمر شيئاً فإنه لمن أعمره حياته وموته " [٣].

وجه الدلالة : أنه جعل العمرى كسائر أموال المعمر التي تورث عنه إذا مات [٤].

الدليل الرابع : أننا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة ، والهبة لا يجوز فيها التأقيت ، ولم يفسدها الشرط ، لأنه ليس بشرط على المعمر ، وإنما شرط ذلك على ورثته ، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه [٥].

نوقش : بأن العمرى يصح فيها التأقيت ، لأن شرط رجوعها هنا على غير الموهوب له ــ وهو وارثه ــ بخلاف التوقيت بزمن معلوم [٦].

---

(١) أخرجه النسائي في سننه ــ كتاب العمرى ــ باب أخبرنا ... (١٥٨٦/٦).

(٢) انظر : المغني ٢٨٦/٨ ، المدع ٣٧٠/٥ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ــ كتاب الهبات ــ باب العمرى (١٢٤٦/٣) . والنسائي في سننه ــ كتاب العمرى ــ باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى (٥٨٧/٦). والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب الهبات ــ باب العمرى (١٧٣/٦).

(٤) انظر : شرح الزركشي ٣١٧/٤ .

(٥) انظر : المغني ٢٨٦/٨ .

(٦) انظر : شرح منتهى الإرادات ٤٣٤/٢ .

ويجاب : بأن مقتضى الإعمار تمليك الرقبة على وجه التأبيد ، فيكون إدخال التأقيت فيها منافياً لمقتضاها ، لذا لا يصح التأقيت فيها ، وهو الموافق لقضائه ﷺ .

الراجح : بعد عرض أدلة كلا الفريقين ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة فإني أميل إلى القول الثاني . لقوة أدلته ووجاهتها ، وأما أدلة القول الأول فإنها لا تخلو من أمرين : إما أن تكون قولاً لبعض الصحابة ، ولا حجة بقول أحد دون رسول الله ﷺ ، وإما أن تكون أدلة عقلية في مقابل النص الصريح الثابت عنه ﷺ .

الفصل التاسع

الرجوع في الوصية

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع في الوصية بلا موجب .

المبحث الثاني : أثر موت الموصى له قبل القبول والرد .

المبحث الثالث: بم يكون الرجوع في الوصية .

الفصل التاسع

الرجوع في الوصية

المبحث الأول

الرجوع في الوصية بلا موجب[1]

الرجوع في الوصية يكون منشأه ـ إن صح ـ من طرفي العقد ـــ الموصي ، والموصى له ـ ، ويمكن تصور الرجوع فيها في خمس حالات ، اختلف في ثبوت الرجوع فيها ، وهذه الحالات على النحو التالي :

الحال الأولى : رجوع الموصي عن الوصية في حياته وقبل موته .

اتفق الفقهاء على انحلال عقد الوصية بفسخ الموصي ورجوعه عن الوصية قبل موته ، فالوصية في حال الحياة عقد غير لازم ، يجوز للموصي الرجوع فيه في أي وقت شاء [2]، وذلك لما يلي :

---

(١) الوصية لغة : الواو والصاد والحرف المعتل أصل يدل على وصل الشيء بالشيء ، والوصية من هذا الباب لأنه كلام يوصل منفعة إلى الغير . والوصية هي ما أوصيت به . سميت وصية لاتصالها بأمر الميت .

انظر: لسان العرب مادة (وصى) (٤٨٥٤/٧). مقاييس اللغة مادة (وصى) (١١٦/٦).

واصطلاحاً : الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده .

انظر : بدائع الصنائع (٢٧٤/٢)، الشرح الصغير (٢٠٥/٣) ، كفاية الأخيار (١١١/٢)، حاشية ابن قاسم (٦ ٤٠).

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٨٤/٦ ، بدائع الصنائع ٥٧٧/٧ ، فتح القدير ٤٦٩/١٠ ، المدونة ٣٥/٦ ، المقدمات المهدات ١٢٠/٢ . الفواكه الدواني ٢٢١/٢ . الوسيط ٤٧٧/٤ ، روضة الطالبين ١٣٥/٥ . حاشية قليوبي ١٦٦/٣ ، المغني ٤١٥/٨ ، المبدع ٢٠/٦ ، الإنصاف ٢٠٥/٧ . المحلى ٣٩١.٨ .

أولاً: لما رواه البيهقي عن عمر ﷺ قال: يغير الرجل ما شاء من الوصية"[١].

ثانياً: لأن الوصية تبرع لا يتم قبضه من قبل الموصى له إلا بعد وفاة الموصي، فإذا رجع فيها قبل موته فقد أبطلها قبل تمامها فكان إبطاله لها صحيحاً ، فالذي صدر من الموصي هو الإيجاب ، فإذا جاز إبطال الإيجاب المفرد في عقود المعاوضات قبل القبول ـ كالبيع ـ فالتبرع أولى بالإبطال [٢].

ثالثاً : لأن الوصية عطية لا تفيد الملك في الحال ، ولا تنجز إلا بالموت، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها [٣].

الحال الثانية : رجوع الموصى له عن الوصية بعد موت الموصي وقبل القبول والقبض.

اتفق الفقهاء على انحلال الوصية بفسخ الموصي له بعد موت الموصي وقبل القبول والقبض ، فللموصي له أن يرجع عن الوصية في هذه الحالة ، لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، وهو بذلك قد أشبه الشفيع في عفوه عن الشفعة في البيع "[٤].

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه ـ كتاب الوصايا ـ باب الرجوع في الوصية (٤١٠/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الوصايا ـ باب الرجوع في الوصية وتغييرها (٢٨١/٦).

(٢) انظر : المغني ٤٦٨/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٤٦١/٢ .

(٣) انظر: المغني ٤٦٨/٨.

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٥٥٧/٧ . اللباب ١٦٩/٢، حاشية ابن عابدين ٤٢١/٥، القوانين الفقهية ٣٤٨ ، مواهب الجليل ٥١٧ ، روضة الطالبين ١٣٥/٥، الوسيط ٤٧٧/٤ . المبدع ٢٠/٦ ، الإنصاف ٢٠٥/٧، المحلى ٣٩١/٨ .

الحال الثالثة : رجوع الموصى له في حياة الموصي .

ذهب عامة الفقهاء إلى القول بعدم انحلال الوصية بفسخ الموصي له قبل موت الموصي ورجوعه عنها ، لأن الوصية لم تقع بعد ولا حق للموصى له في حياة الموصي ، فلا يصح إذاً رده كرد المبيع قبل إيجاب البيع . والحال هنا كمن يقول لامرأته أنت طالق غداً إن قبلت إعطائي مائة دينار ، فإن قبولها أو ردها لا قيمة لهما إلا إذا جاء وقت التنفيذ وهو الغد ، فإن ردت أو قبلت قبل ذلك، فلا اعتبار لكلامها (١).

وذهب زفر ـ من الحنفية ـ إلى أن الوصية إذا ردت في حال حياة الموصي بطلت ، بمعنى أن الموصى له يملك الرجوع والرد في حياة الموصي (٢).

واستدل زفر لقوله هذا : بأن الرد إبطال الصيغة المنشئة ، وجعلها غير مفيدة لمؤداها فإذا حصلت الوفاة بعد ذلك فقد حصلت والصيغة لا وجود لها ، فلا ملكية تثبت بمقتضاها (٣).

واستظهر الإمام أبو زهرة قول زفر ، فقال : " وعندي أنه لو أخذ القانون بقول زفر لكان في ذلك اعتبار لأقوال الناس واحترام لها ، وفيه مصلحة للموصي. أما وجه الاحترام للأقوال فلأنه يجب أن تصان عبارات الناس عن اللغو والعبث، وإذا رد الوصية ولم نأخذ برده في حال حياة الموصي فقد ألغينا إرادته في وقت معين. وأما وجه المصلحة فلأن الموصي قد يكون من مقاصده تبرع آخر معين لو رد الموصى له ، فإذا استبان له ذلك في حياته باعتبار رده نهائياً وجه ماله الذي تجوز فيه الوصية إلى ما يراه من أبواب الخير والصدقات " (٤).

---

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٨٤/٦ .

(٣) المصدر السابق ، وانظر : قانون الوصية ١٩ .

(٤) قانون الوصية ١٩ .

والذي يظهر لي أن القول الذي ذهب إليه عامة الفقهاء هو الأقرب إلى الصواب ، لأن القبول والرد لا يكونان إلا بعد زمن الاستحقاق ، وزمن الاستحقاق هو الذي يلي موت الموصي ، أما قبل زمن الاستحقاق ـ في حال حياة الموصي ـ فلا يكون للموصى له شيء من ذلك ، فلو أن الموصى له قبل الوصية في حياة الموصي ، فإن هذا القبول لا أثر له ، حيث إنه لا يفيد الملك ولا يثبت بموجبه حق ، فكذلك الرد الصادر من الموصي له في حياة الموصي لا يثبت به أثر ، وليس في ذلك إهدار لعبارة الموصي له وإلغاء لإرادته ـ كما ذكر ذلك الإمام أبو زهرة ـ بل إن غاية ما هنالك أن هذه التصرفات وقعت في غير محلها ، وكونها وقعت في غير محلها كافٍ في ردها وإبطالها ، وتكون في هذه الحالة لغواً لا يترتب عليها أي أثر ، لأن محل القبول أو الرد يكون بعد موت الموصي ، أما قبل ذلك فإنه ليس بمحل للقبول والرد من قبل الموصى له ، وهذه هي طبيعة الوصية، وهو أن الإيجاب فيها مستقل بزمن ـ وهو حياة الموصي ـ ، والقبول فيها مستقل بزمن أيضاً ـ وهو الذي يلي موت الموصي ـ .

الحال الرابعة : رجوع الموصى له بعد موت الموصي وبعد القبول والقبض.

اتفق الفقهاء على عدم انحلال الوصية برجوع الموصى له بعد قبوله الوصية وقبضها بعد موت الموصي ، وذلك لأن ملكه قد استقر على الموصى به ، فصار رده كرد سائر ملكه ، فإن رد الموصى له الموصى به بعد ذلك وأرجعه إلى الورثة ، فإن هذا الرجوع لا يعد فسخاً للوصية ، وإنما هو ابتداء تمليك منه لهم [١].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٨٤/٦ ، بدائع الصنائع ٥٥٧/٧ ، المقدمات الممهدات ١٢٠/٢ ، مواهب الجليل ٥١٧/٨ الفواكه الدواني ٢٢١/٢ ، روضة الطالبين ١٣٥/٥ ، الوسيط ٤٧٧/٤ ، المغني ٤١٥/٨ ، الإنصاف ٢٠٥/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢ .

الحال الخامسة: رجوع الموصى له بعد موت الموصي ، وبعد القبول وقبل القبض.

اختلف الفقهاء في رجوع الموصى له في هذه الحالة على قولين :

القول الأول : ليس للموصى له الرجوع .

وهو المفهوم من كلام الحنفية [١] والمالكية [٢] ـ حيث إنهم يرون أن الموصى به يملك في هذه الحالة ـ ، وهو الأصح عند الشافعية والمفتى به عندهم[٣]، والصحيح من مذهب الحنابلة [٤].

جاء في فتح القدير : "والموصى به يملك بالقبول " [٥]، وفي المقدمات الممهدات ، "واختلفوا بماذا تجب الوصية للموصى له ، على قولين : أحدهما : أنها تجب له بموت الموصي مع قبول الموصى له ، والقول الثاني : أنها تجب بنفس موت الموصي دون القبول " [٦]، وفي روضة الطالبين : " أن يقع بعد القبول وقبل القبض فلا يصح الرد على الأصح " [٧]، وفي مغني المحتاج : " قال الإسنوي : وهو المفتى به " [٨]. وفي الإنصاف : لو ردها بعد قبوله وقبل القبض لم يصح الرد مطلقاً على الصحيح من المذهب " [٩].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٧/٧ . فتح القدير ٤٥٨/١٠ ، مجمع الأنهر ٤٢٠/٤ .
(٢) انظر : المقدمات الممهدات ١٢٠/٢، الذخيرة ١٦٨/٧، جواهر الإكليل ٤٧١/٢.
(٣) انظر : روضة الطالبين ١٣٥/٥، مغني المحتاج ٨٧/٤ ، نهاية المحتاج ٦٦/٦ .
(٤) انظر : المغني ٤١٥/٨. الإنصاف ٢٠٥/٧، شرح منتهى الإرادات ٤٦٠/٢.
(٥) ٤٥٨/١٠.
(٦) ١٢٠/٢ .
(٧) ١٣٥/٥ .
(٨) /٨٧ .
(٩) ٢٠٥/٧.

القول الثاني : للموصى له الرجوع في هذه الحالة .

وهو قول للحنابلة [١].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بعدم انحلال الوصية برجوع الموصى له: بأن الموصى له ملك الموصى به ملكاً تاماً فأصبح كالمقبوض [٢].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن للموصى له الرجوع : بالقياس على الوقف بجامع أن كلاً منهما تمليك من جهة آدمي من غير بدل ، فصح رده قبل القبض [٣].

ويناقش : بأنه قياس مع الفارق من وجهين :

الوجه الأول : أن الوقف تمليك في حال الحياة بخلاف الوصية .

الوجه الثاني : أن الوقف يلزم بمجرد اللفظ ، فالقبض ليس شرطاً للزومه، فلا يصح الرجوع في الوقف بعد انعقاده باللفظ ولو لم يتم القبض .

الراجح : الذي يبدو لي رجحانه هو القول الأول ، لقوة مستنده ، ووجاهة تعليله ، ولضعف دليل القول الثاني ، وعدم انفكاكه عن المناقشة ، ولأن الملك في الوصية يتم بموت الموصي وبصدور القبول من الموصى له ، وقد تحققا . فإن أرجعه إلى ورثة الموصي فإن هذا لايعد رجوعاً في الوصية ، وإنما هو ابتداء تمليك منه لهم .

---

(١) انظر : المغني ٨/٤١٥ ، الإنصاف ٧/٢٠٥ . وحكاه ابن قدامة وجهاً للشافعية كما في المغني ٨/٤١٥

(٢) انظر : المغني ٨/٤١٥ ، المبدع ٦ ٢٠.

(٣) انظر : المغني ٨/٤١٥.

المبحث الثاني

أثر موت الموصى له قبل القبول والرد

تقدم كما في المبحث السابق أنه لو أوصى شخص لآخر بوصية ، فلا اعتبار لقبوله ولا رده إلا بعد موت الموصي . فإن قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ملكها ، وإن ردها بطلت ، فلو مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول والرد ، فهل يورث عنه حق القبول . فيقبل الوارث ويملك الوصية أو يردها فتبطل الوصية ، أم أنه لا يورث عنه حق القبول ، بل يبطل بموته فتبطل الوصية ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن حق القبول والرد ينتقل إلى الوارث .

وهو قول المالكية [١]، والشافعية [٢] ، والمذهب عند الحنابلة [٣].

جاء في المقدمات : " إن مات الموصى له بعد موت الموصي قبل أن يقبل ، فقيل : إن ورثته ينزلون في القبول أو الرد منزلته " [٤]، وجاء في روضة الطالبين : "وإن مات ـ أي الموصي له ـ بعد موته ـ الموصي ـ قام وارثه مقامه في القبول والرد " [٥]، وجاء في مختصر الخرقي :" فإن مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في

---

(١) انظر : المقدمات الممهدات ١٢٠/٢ ، الذخيرة ٥٥/٧ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ١٣٦/٥ ، مغني المحتاج ٨٨/٤ ، نهاية المحتاج ٦٦/٦.

(٣) انظر : المغني ٤١٦/٨ ، شرح الزركشي ٣٧١/٤ ، المبدع ٢١/٦ .

(٤) ١٢٠/٢ .

(٥) ١٣٦/٥ .

ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت الموصي "[١]، وجاء في الإنصاف : " هذا المذهب ، نص عليه في رواية صالح "[٢].

القول الثاني : إن حق القبول والرد يبطل ، فلا ينتقل إلى الوارث ، فتبطل الوصية وترجع إلى ورثة الموصي .

وهو قول الحنفية قياساً[٣]، وقول الأبهري[٤] من المالكية [٥]، ورواية عند الحنابلة [٦].

جاء في مجمع الأنهر: " والقياس أن تبطل الوصية " [٧]، وجاء في المقدمات: " قيل : إن الورثة لا ينزلون منزلته في ذلك . وتبطل الوصية وترجع ميراثاً لورثة الموصي ، وإلى هذا ذهب أبو بكر الأبهري " [٨]، وجاء في شرح الزركشي: "الرواية الثانية : لا يقوم الوارث مقامه ، ويبطل حقه من القبول عليها"[٩].

القول الثالث : " إن حق القبول والرد يبطل بموت الموصى لـه ، وتدخل الوصية في ملك وارثه ، وتكون من جملة تركته .

---

(١) ٤ ٣٧١ .

(٢) ٢٠٥/٧ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ١٨٤/٦ ، فتح القدير ١٠ ٤٥٨ ، مجمع الأنهر ٤٢١/٤ .

(٤) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح الأبهري . سكن بغداد وحدث بها، وكان إمام أصحابه في وقته ، انتهت إليه الرياسة في مذهب مالك . له مصنفات ، منها : كتاب الأصول . إجماع أهل المدينة : توفي سنة ٣٩٥هـ . انظر ترجمته : الديباج المذهب (٢٠٦/٢)، الأعلام (٩٨/١١).

(٥) انظر : المقدمات ١٢٠/٢ . الذخيرة ٥٥/٧ .

(٦) انظر : المغني ٤١٦/٨ ، شرح الزركشي ٣٧١/٤ ، المبدع ٢١/٦ .

(٧) ٤٢١/٤ .

(٨) ١٢٠/٢.

(٩) ٣٧١/٤ .

وهو قول الحنفية استحسانا [١]. وقول للمالكية [٢]، ووجه للحنابلة [٣].

وجاء في مجمع الأنهر : " ويعتبر بعد موت الموصي ، وبه تملك إلا أن يحدث الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول فإنه يملكها وتصير للورثة ، وهذا استحسان" [٤]، وجاء في المقدمات : " والقول الثاني : أنها تجب بنفس موت الموصي دون القبول " [٥]، وجاء في شرح الزركشي : "وحكى الشريف وأبو الخطاب وجهاً أنها تنتقل والحال هذه إلى الوارث بلا قبول " [٦].

أدلة القول الأول : استدل القائلون : بأن حق القبول والرد ينتقل إلى الورثة بما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ : " ... من ترك مالاً فلورثته " [٧].

وجه الدلالة : أن الحديث دل على أن المال حق ينتقل إلى الورثة ويشمل ذلك عين المال ، والحقوق المتعلقة به ، ومن تلك الحقوق حق القبول الثابت للموصى له بعد موت الموصي ، فإنه ينتقل إلى ورثته بعد موته[٨].

---

(١) انظر:تبيين الحقائق٦/١٨٤. اللباب٢/١٧٠.حاشية ابن عابدين٥/٤٢١،مجمع الأنهر ٤/٤٢١.

(٢) انظر : المقدّمات الممهدات ٢/١٢٠ .

(٣) انظر : شرح الزركشي ٤/٣٧٢ . المبدع ٦/٢١ . الإنصاف ٧/٢٠٦ .

(٤) ٤/٤٢١ .

(٥) ٢/١٢٠ .

(٦) ٤/٣٧٢ .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ــ باب الصلاة على من ترك ديناً (١٥٥/٣)، وابن ماجة في سننه ــ كتاب الصدقات باب من ترك دينا أو ضياعاً فعلى الله وعلى الرسول (٨٠٧/٢)، وابن حبان في صحيحه ــ كتاب الكفالة ــ باب ذكر الأخبار عن ضمان المصطفى دين من مات من أمته ولم يترك وفاء (٢٣٨/١١)، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الضمان ــ باب وجوب الحق بالضمان (٧٣/٦).

(٨) انظر : المغني ٨/٤١٧ ، المبدع ٦/٢١ . شرح منتهى الإرادات ٢/٤٦١ .

الدليل الثاني : أن كل سبب استحق به المرء تملك عين بغير اختيار مالكها لم تبطل بموته قبل تملكها ، كالرد بالعيب [١].

الدليل الثالث : أن الوارث فرع للمورث ، فقام مقامه في القبول وغيره من الحقوق [٢].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن حق القبول والرد لا ينتقل إلى ورثة الموصى له ، وأن الوصية ترجع إلى ورثة الموصي بما يلي :

الدليل الأول : أن الوصية عقد يفتقر إلى القبول ، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة [٣].

ويناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الهبة عقد جائز من الطرفين في هذه الحالة ، وتبطل بموت الموجب لها ، بخلاف الوصية فهي لازمة لورثة الموصي بعد موته ؛ ولم تبطل بموته .

الدليل الثاني : أن خيار القبول لا يعتاض عنه ، فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط ، وخيار الأخذ بالشفعة [٤].

ويناقش : بأنه لا يصح قياس خيار القبول على الخيارات في البيع وما في معناه ، وذلك لأن موت الموصى له لم يبطل الخيار ، ولم يجعل العقد لازماً ، بخلاف الخيارات فإنها إذا بطلت صار العقد لازماً .

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٨٨/٤ .

(٣) انظر : المغني ٤١٧/٨ ، شرح الزركشي ٣٧٢/٤ .

(٤) المصدرين السابقين .

الدليل الثالث : أن الوارث إنما ينتقل إليه ما تحقق سببه ، وها هنا السبب معدوم لعدم جزئه وهو القبول [١].

ويناقش : بأن استحقاق القبول إنما كان بتقدم إيجاب من قبل الموصي في حياته، فالسبب ليس معدوماً ، وإنما هو متحقق موجود بإيجاب الموصي في حياته له.

أدلة القول الثالث : استدل القائلون : بأن حق القبول لا ينتقل إلى الورثة، وأن الوصية تدخل في ملكهم بما يلي :

الدليل الأول : أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقها فسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخلت في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة [٢].

ويناقش : بأن الوصية عقد يفتقر إلى القبول ، فلا يتم قبله ، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإنه لا يصح قياس خيار حق القبول على الخيار في البيع لوجود الفارق بينهما كما تقدم .

الدليل الثاني : أن أحد الركنين من جانب الموصى له ـ وهو القبول ـ لا يشترط لعينه ، بل لوقوع اليأس عن الرد ، وقد حصل ذلك بموت الموصى له [٣].

نوقش : بأن الموصى له إذا لم يملك إلا بالقبول وهو أصل ، فوارثه أولى أن لا يملك بغير قبول وهو فرع [٤].

---

(١) انظر : الذخيرة ٥٥/٧ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ١٨٤/٦ . فتح القدير ٤٥٩/١٠ ، المغني ٤١٧/٨ .

(٣) انظر : المغني ٤١٧/٨ .

(٤) انظر : أسنى المطالب ٤٣/٣ .

الدليل الثالث : أن القبول لما تعذر ممن له حق القبول سقط اعتباره لمكان العذر ، كما لو كانت الوصية للمساكين [(١)].

ويناقش : بأنه لا يسلم سقوط اعتبار القبول لمكان العذر كالبيع وسائر العقود ، ولا يصح القياس على الوصية للمساكين ، لأنه لا يشترط القبول لصحة الوصية لغير معين بخلاف الوصية للمعين ، فإن القبول شرط فيها .

الراجح : اتضح لي من خلال هذا العرض والمناقشة رجحان القول الأول: بأن حق القبول والرجوع في الوصية ينتقل إلى ورثة الموصي له بعد موته ، وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامته من المناقشة ، ولضعف أدلة القول الثاني والثالث وعدم انفكاكها عن المناقشة ، لذا كان القبول من جملة الحقوق الموروثة .

---

(١) انظر : شرح الزركشي ٤ ٣٧٢ .

المبحث الثالث

بم يكون الرجوع في الوصية ؟

بينت فيما سبق أن الوصية في حق الموصي عقد غير لازم ، فللموصي الرجوع في وصيته في أي وقت شاء ، والرجوع يصح بالقول الصريح ، كما أنه يصح بكل فعل يدل عليه .

فالرجوع بالقول الصريح يكون : بكل لفظ يدل على إرادة الرجوع لغة أو عرفاً ، ولا يشترط لذلك لفظا معينا ، فيصح بقوله ـ مثلاً ـ : رجعت أو فسخت ونحوهما من الألفاظ الصريحة الدالة دلالة قاطعة على إرادة الرجوع . هذا باعتبار دلالة اللفظ من حيث اللغة على إرادة الرجوع ، أما دلالته على الرجوع عرفاً ، فكما لو حصلت بين الموصي والموصى له خصومة بعد الوصية ، فقال الموصي : لا أقدم لك معروفاً أبداً ، فإن هذا يعتبر رجوعاً باعتبار العرف [1].

وأما الرجوع بدلالة الفعل ـ التي تقوم مقام القول الصريح ـ فإنه يكون : بكل فعل أو تصرف يدل بحسب الحال أو بدلالة القرائن على رجوع الموصي في وصيته .

فيصح الرجوع بكل تصرف في العين الموصى بها لا يتصور معه تعلق الحق بها بعد وفاته، وذلك كما لو استهلكها ، فإن استهلاكه لها يدل على رجوعه فيها.

كما أنه يصح الرجوع في كل تصرف من شأنه أن يخرج العين من ملك الموصي ، أو يجعل الجمع بين التصرف والوصية غير ممكن ، فبيع الموصى به وهبته يبطلان الوصية ، وذلك لخروج العين عن الملك ، ولو عادت إليه بعد ذلك ، لأن

---

(١) انظر : اللباب ١٧٩/٢ . حاشية ابن عابدين ٤٢١/٥ ، جواهر الإكليل ٤٧٣/٢ ، مواهب الجليل ٥٢٢/٨. حاشية الدسوقي ٦ ٤٩٣ . روضة الطالبين ٢٦٧/٥ ، مغني المحتاج ١١٢/٤. نهاية المحتاج ٩٤/٦ ، المبدع ٢٥/٦ ، شرح منتهى الإرادات ٤٦١/٢ ، حاشية ابن قاسم ٥٣/٦ ، قانون الوصية ٢٠٠ .

الإقدام على هذا التصرف قرينة قاطعة على الرجوع [١].

ومن التصرفات التي تدل على الرجوع الوقف ولو كان مؤقتاً ، ولو كان للواقف الرجوع فيه ، لأن الإقدام عليه قرينة واضحة تدل على إرادة الرجوع في الوصية ، ولو رجع عن الوقف بعد ذلك ، لأن الوصية بطلت بالرجوع [٢].

وهناك مجموعة من التصرفات اختلف في كونها تدل على الرجوع أو لا تدل عليه وهذه التصرفات هي :

أولاً : جحود الوصية :

إذا قال الموصي : لم أوص بهذه الوصية ، فهل يعتبر هذا رجوعاً أم لا؟ اختلف في ذلك على قولين : -

القول الأول : يعتبر رجوعاً .

وهو قول أبي يوسف [٣]، وقول الشافعية [٤]، ووجه عند الحنابلة [٥] .

جاء في مجمع الأنهر : " والجحود ليس برجوع عند محمد خلافاً لأبي يوسف" [٦]، وجاء في روضة الطالبين : " ولو سئل عن الوصية فأنكرها فهو رجوع" [٧]، وجاء في المغني : " وإن جحد الوصية ... والثاني : يكون رجوعاً " [٨].

القول الثاني : لا يعتبر رجوعاً .

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) انظر : قانون الوصية ٢٠٠ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٠/٧ ، اللباب ١٧٩/٢ ، فتح القدير ٤٧١/١٠ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٢٦٧/٥ ، نهاية المحتاج ٩٥/٦ .

(٥) انظر : المغني ٤٧٠/٨ ، المبدع ٢٦/٦ ، الإنصاف ٢١٣/٧ .

(٦) ٤٢٣/٤ .

(٧) ٢٦٧/٥ .

(٨) ٤٧٠/٨ .

وهو قول محمد بن الحسن [١]، ووجه عند الحنابلة [٢].

جاء في بدائع الصنائع : " قال : وسألت محمداً عن ذلك ــ أي في رجل أوصى بوصيته ثم عرضت عليه من الغد فقال : لا أعرف هذه الوصية ، فقال : لا يكون الجحد رجوعاً " [٣]، وجاء في المغني : " وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين " [٤].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الجحود يعتبر رجوعاً بما يلي:

الدليل الأول : أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وإبطالها ، وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق ، وبعدم ثبوت حكمه ، والجحود هو في معناه ، فالجحد يدل على أن الموصي لا يريد إيصال العين إلى الموصى له[٥].

الدليل الثاني : أن الجحود نفي لوجود الوصية في الماضي والحاضر ، فكان في دلالته على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع ، لأن الرجوع الصحيح نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط [٦].

الدليل الثالث : أن الأشباه والنظائر تؤيد هذا المعنى ، فإنكار الموكل للوكالة يعد عزلاً للوكيل ، وإنكار المتبايعين للبيع يعد إقالة ، فكذلك إنكار الوصية يعد رجوعاً [٧].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٠/٧ . فتح القدير ٤٦٩,١٠ .

(٢) انظر : المبدع ٢٦٤/٦ ، الإنصاف ٢١٣/٧ . شرح منتهى الإرادات ٤٦٢/٢ .

(٣) ٥٦٠/٧ .

(٤) ٤٧٠/٨ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٠/٧ ، المغني ٤٧٠/٨ .

(٦) انظر : فتح القدير ٤٧٠/١٠ . قانون الوصية ٢٠٩ .

(٧) انظر : قانون الوصية ٢١٠ .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الجحود لا يعتبر رجوعاً بما يلي:

الدليل الأول : أن حقيقة الرجوع تغاير حقيقة الجحود ، إذ إن حقيقة الرجوع إقرار بوجود الوصية في الماضي ، وإبطال في الحاضر والمستقبل ، أما الجحود فنفي لوجودها في الماضي ، ولا يصح أن نعتبر حكم أحد الأمرين المتغايرين في حقيقتها كحكم أحدهما من غير جهة مشتركة بينهما ، ولا اشتراك في المعنى الموجب للحكم [١].

نوقش : بأن القول بأن جحود الوصية يكون رجوعاً عنها ليس المراد منه أن الرجوع والجحود متحدان معنى ، بل المراد أنهما متحدان حكماً وهو إبطال الوصية بأن لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي . فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ ، وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع إنما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم [٢].

الدليل الثاني : أن إنكار الوصية التي وجدت يعد كذباً، وليس للكذب اعتبار شرعي ، بل يكون كاللغو لا حكم له [٣].

ويمكن أن يناقش : بأن الجحود وإن كان كذباً حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازاً ، فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الإمكان.

الدليل الثالث : أن الأشباه والنظائر تؤيد ذلك ، فإنكار النكاح لا يعد طلاقاً ، والإقرار الذي يثبت كذبه لا يلتفت إليه ، لأن الكذب لغو دائماً ، فإذا

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٠/٧ ، مجمع الأنهر ٤٢٣/٤ ، قانون الوصية ٢١٠ .

(٢) انظر : فتح القدير ٤٧٠/١٠ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٠/٧ ، قانون الوصية ٢١٠ .

كان الإقرار الكاذب في حكم اللغو فنظيره وهو الإنكار الكاذب في حكم اللغو[١].

ويمكن أن يناقش: بأن جحود النكاح لا يعد طلاقاً لانتفاء الشبه بينهما ، وذلك لأن الجحود ينفي العقد ، بخلاف الطلاق فإنه يقطع العقد ولا ينفيه .

أما إلحاق الجحود في الوصية بالإقرار الذي ثبت كذبه فغير مسلم ، لأن الجحود وإن كان كذباً حقيقة فإنه يحمل على الفسخ مجازاً ، وذلك صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء .

الراجح : الذي يظهر لي بعد هذا العرض لأدلة كل قول من هذين القولين، إن القول الأقرب إلى الصواب هو القول الأول الذي اعتبر جحود الموصي رجوعاً في الوصية ، وذلك لقوة دليله ووجاهته ، ولمناقشة أدلة القول الثاني والإجابة عليها ، ولأنه من الممكن حمل جحود الموصي على الفسخ ، وذلك باعتبار أن الموصي ينفرد بفسخ الوصية والرجوع فيها .

ثانياً : تغير اسم الموصى به :

إذا تصرف الموصي بالموصى به تصرفاً تغير بسببه الموصى به بأن زال عنه اسمه ، كأن يوصي بحنطة فيطحنها أو بقطن فيغزله ، فإن هذا التصرف يعد رجوعاً في الوصية ، وذلك باتفاق الأئمة الأربعة [٢].

جاء في بدائع الصنائع : "الرجوع الثابت من طريق الضرورة نوعان ... والثاني : أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه " [٣]، وجاء في جواهر

---

(١) انظر : قانون الوصية ٢١٠ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٦/٧ ، مجمع الأنهر ٤١٢/٤ . حاشية ابن عابدين ٤٢٢/٥ ، الذخيرة ١٤٧/٧، جواهر الإكليل ٥٢٢/٢ . حاشية الدسوقي ٤٩٤/٦ ، روضة الطالبين ٢٦٩/٥ ، المهذب ٢٦٣/٢ . مغني المحتاج ١١٤/٤ . المغني ٤٦٩/٨ ، المبدع ٢٦/٦ ، الإنصاف ٢١٤/٧ .

(٣) ٥٦٦/٧ .

الإكليل : " أوصى بغزل فحاكه ، أو برداء فقطعة قميصاً فهو رجوع " [١]، وجاء في منهاج الطالبين : "وطحن حنطة وصى بها وبذرها وعجن دقيق وغزل قطن ونسج غزل وقطع ثوب قميصاً رجوع " [٢]، وجاء في المغني : " وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه كان رجوعاً " [٣].

ثالثاً : خلط الموصى به بغيره .

إذا خلط الموصي الموصى به بغيره من جنسه كان أم من غير جنسه ، فإن كان على وجه يتميز معه الموصى به فإنه لا يعتبر رجوعاً ، لأن تميزه لا يمنع من التسليم لإمكانية الفصل بينهما .

أما إن كان على وجه لا يتميز معه الموصى به . فإن الفقهاء قد اختلفوا في اعتباره رجوعاً على قولين :

القول الأول : يعتبر رجوعاً .

وهو قول الشافعية [٤] والحنابلة [٥].

وجاء في مغني المحتاج : " وخلط حنطة معينة وصى بها بحنطة أخرى رجوع سواء أخلطها بمثلها أو بغيره " [٦]، وجاء في المغني : " وإن وصى بشيء معين ، ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً " [٧].

---

(١) ٢ ٥٢٢ .

(٢) ٥ ٢٦٩ .

(٣) ٨ ٤٦٩ .

(٤) انظر : المهذب ٣٦١/٢ ، روضة الطالبين ٢٦٠/٥ ، مغني المحتاج ١١٤/٤ .

(٥) انظر : المغني ٤٦٩/٨ ، الإنصاف ٢١٣/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٦٢/٢ .

(٦) ٤ ١١٤ .

(٧) ٨ ٤٦٩ .

القول الثاني : لا يعتبر رجوعا .

وهو قول المالكية [١].

جاء في جواهر الإكليل : ولا تبطل الوصية ... أولت السويق بسمن ، أو زيت وعسل فهو للموصى له بزيادته " [٢].

أدلة القول الأول : استدل القائلون : بأن خلط الموصى به على هذا الوجه يعتبر رجوعاً : بأن تسليم الموصى به تعذر بهذا الخلط ، إذ لا يمكن التمييز بين ما هو موصى به وما ليس بموصى به [٣].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون : بأن هذا الخلط لا يعتبر رجوعاً : بأن الأصل بقاء الموصى به في ملك الموصى له ، فلا يخرج عن ملكه إلا بيقين [٤].

ويمكن أن يناقش : بانه لا يسلم القول بأن الموصى به ملك للموصى له ، بل هو باق في ملك الموصي ، وله أن يرجع فيها في أي وقت شاء .

الراجح : القول الأول هو الأقرب إلى الصواب ، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول ، ولأن إقدام الموصى على هذا الفعل دليل على إعراضه عن هذه الوصية وإبطاله لها ، لذلك اعتبرنا هذا التصرف رجوعاً في الوصية .

---

(١) انظر : الذخيرة ١٤٧/٧ ، حاشية الدسوقي ٤٩٤/٦ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥٢٢/٨ ، ٥٢٣ .

(٢) ٤٧٣/٢ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٥٦٦/٧ . المهذب ٢ ٣٦١ ، المغني ٤٦٩/٨ .

(٤) انظر : الذخيرة ١٤٧/٧ .

الفصل العاشر

الرجوع في الوقف

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : الرجوع في الوقف المطلق .

المبحث الثاني : الرجوع في الوقف المؤقت .

المبحث الثالث : الرجوع في الوقف المعلق بالموت .

المبحث الرابع : الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت.

الفصل العاشر

الرجوع في الوقف

المبحث الأول

الرجوع في الوقف المطلق [١]

إذا وقف رجل شيئاً من ماله ، ثم بدا له أن يرجع في وقفه ويسترد ماله . فهل يثبت للواقف ذلك ويمكّن من استرجاع ماله ؟ أ أن الوقف يلزم مطلقاً بمجرد انعقاده سواء تم قبضه أم لم يتم ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ليس للواقف الرجوع في وقفه .

وهو قول أبي يوسف من الحنفية [٢]، وقول المالكية [٣]، والشافعية [٤]. والحنابلة [٥].

جاء في اللباب : "وقال أبو يوسف : يزول الملك بمجرد القول " [٦]، وفي حاشية الدسوقي : " لزم الوقف ـ بمجرد القول ـ ولو لم يحز ، فإذا أراد الواقف

---

(١) الوقف في اللغة : مصدر قولك وقفْت ووقّفت وقفا ، تقول : وقف الأرض على المساكين وقفاً . حبسها.

انظر : لسان العرب مادة (وقف) (٤٩٢٨/٧). مقاييس اللغة (١٤٧/٦).

وفي الاصطلاح : تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة على وجه القربة .

انظر : الشرح الصغير (٣٧٣/٥)، كفاية الأخيار (٦٠٣/١) ، حاشية ابن قاسم (٥٣١/٥).

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٥/٣ ، بدائع الصنائع ٣٣٤/٦ ، اللباب ١٨٠/٢ .

(٣) انظر : المقدمات الممهدات ٤١٩/٢ ، الذخيرة ٣٢٢/٦ ، حاشية الدسوقي ٤٥٥/٥ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٣٩٣/٤ ، المهذب ٣٢٦/٢ .

(٥) انظر : المغني ١٨٧/٨ ، الإنصاف ١٠٠/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٠٦/٢ ، ٤٢٥ .

(٦) ١٨٠/٢ .

الرجوع فيه لا يمكن ، وإذا لم يجز عنه أجبر على إخراجه من تحت يده للموقوف عليه " [١]، وفي المهذب : " وإذا صح الوقف لزم ، وانقطع تصرف الواقف فيه"[٢]. وفي الإنصاف :" الوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها، هذا المذهب وعليه الأصحاب " [٣].

القول الثاني : للواقف الرجوع ما لم يُقبَض الوقف ، فإذا قبض لم يرجع .

وهو قول محمد من الحنفية [٤]، ورواية للحنابلة [٥].

جاء في اللباب :" وقال محمد : لا يزول الملك حتى يجعل للوقف ولياً ويسلم إليه "[٦]، وفي الإنصاف: " وعنه : لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده"[٧].

القول الثالث : للواقف أن يرجع عن الوقف متى شاء ما لم يحكم الحاكم به، أو يضيفه الواقف إلى ما بعد الموت أو يكون الموقوف مسجداً .

وهو قول أبي حنيفة [٨].

جاء في اللباب :" لا يزول ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة ، فلا يلزم ، ويصح الرجوع عنه ، ويجوز بيعه ، إلا أن يحكم به الحاكم ، أو يعلقه بموته..." [٩].

---

(١) ٥/٤٥٥ .

(٢) ٧/١٠٠ .

(٣) ٢/٣٢٦ .

(٤) انظر : المبسوط ١٢/٣٥ ، تبيين الحقائق ٣/٣٢٥ ، اللباب ٢/١٨٠ .

(٥) انظر : الإنصاف ٧/١٠٠ ، المبدع ٥/٣٥٢ ، كشاف القناع ٤/٣٥٢ .

(٦) ٢/١٨٠ .

(٧) ٧/١٠٠ .

(٨) انظر : المبسوط ١٢/٣٥ ، بدائع الصنائع ٦ ٣٣٤ ، اللباب ٢/١٨٠ .

(٩) ٢/١٨٠ .

أدلة القول الأول : استدل القائلون : بأن الواقف ليس له الرجوع في وقفه بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ .. أوفوا بالعقود .. ﴾ (١).

وجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الرجوع في الوقف وغيره مخالف لأمر الله ﷻ في وجوب الوفاء بالعقود ، فالعقود لا يجوز الرجوع فيها إلا مادل الدليل على جوازه فيكون مخصصاً لهذا العموم المستفاد من هذه الآية (٢).

الدليل الثاني : حديث عمر ، وفيه : " أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ويوهب " (٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن الوقف لا يباع ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب ، وهذا يدل على لزوم الوقف بمجرد اللفظ ، إذ لو كان يشترط شيئاً آخر لبينه : " وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال " (٤)، ثم إن هذه التقييدات الواردة في الحديث : " لا يباع .. " تقتضي عدم جواز التصرف في العين بما يزيل وقفيتها . أضف إلى ذلك كله أنه جاء في بعض روايات الحديث لفظ : " الحبس " ، وهو يدل على المنع والتأبيد (٥).

---

(١) سورة المائدة : آية (١).

(٢) انظر : الإشراف ٨٩/٢ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب الوصايا ـ باب الوقف كيف يكتب (١٤/٤)، ومسلم في صحيحه ـ كتاب الوصية ـ باب الوقف (٣ ١٢٥٥).

(٤) انظر : المحصول ٣٨٦/٢ . المستصفى ٦٨/٢ ، الفروق ٨٧/٢ ، شرح الكوكب المنير ١٧٠/٣.

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٥/٣ ، المهذب ٣٢٦/٢ ، المغني ١٨٧/٨ ، المحلى ١٥٦/٨ .

قال ابن منظور[١] : يقال وقف فلان أرضه وقفاً مؤبداً إذا جعلها حبيساً لا تباع ولا تورث [٢].

الدليل الثالث : قوله ﷺ : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ، ومنها : صدقة جارية " [٣].

وجه الدلالة : أن الصدقة الجارية الواردة في الحديث هي الوقف ، فالوقف يلزم ولا يجوز نقضه ، ولو جاز نقضه لكان الوقف صدقة منقطعة ، وقد وصفه في الحديث بعدم الانقطاع [٤].

الدليل الرابع : إجماع الصحابة على ذلك .

قال جابر بن عبد الله : لم يكن أحد من الصحابة له مقدرة إلا وقف وقفاً وكتبوا في ذلك كتباً ، ومنعوا فيها من البيع والهبة ، فهم بين واقف وموافق فكان إجماعاً [٥].

---

(١) هو أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي الأنصاري ، الإمام اللغوي الحجة ، خدم في ديوان الإنشاء بالقاهرة ، ثم ولي القضاء في طرابلس ، وعاد إلى مصر فتوفي بها . له مصنفات منها : لسان العرب ، مختصر تاريخ دمشق . توفي سنة ٧١١هـ . انظر ترجمته : فوات الوفيات (٤/٤٩٦)، شذرات الذهب (٦/٢٦).

(٢) انظر : لسان العرب مادة (وقف) (٩/٣٥٩).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ـ كتاب الوصية ـ باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد مماته (٣/١٢٥٥)، وأبو داود في سننه كتاب الوصايا ـ باب ما جاء في الصدقة عن الميت (٣/١١٧) والترمذ في سننه ـ كتاب الأحكام ـ باب في الوقف (٣/٦٦٠)، والنسائي ـ كتاب الوصايا ـ فضل الصدقة عن الميت (٦/٥٢٦) والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الوصايا ـ باب الدعاء للميت (٦/٢٧٨).

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٣/٣٢٥ . المحلى ٨/١٥١ ، نيل الأوطار ٦/٢٥ ، سبل السلام ٣/١٨٦.

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٣/٣٢٣ . ٣٥٤ .

الدليل الخامس : قياس لزوم الوقف بمجرد اللفظ على لزوم العتق بمجرد اللفظ ، بجامع أن كلاً منهما تبرع يمنع البيع والهبة والإرث [١].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون : بجواز الرجوع في الوقف قبل القبض بما يلي :

الدليل الأول : القياس على الهبة بجامع أن كلا منهما إخراج المال عن ملك صاحبه على وجه التبرع [٢].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الهبة تمليك مطلق يخرج الموهوب إلى ملك آدمي آخر ، أما الوقف فلا يخرج إلى ملك آدمي آخر ، فيكون أشبه بالعتق. هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الوقف يقصد به الثواب والأجر من الله ، بخلاف الهبة فإن المقصود بها نفع الموهوب له والتودد إليه.

الدليل الثاني : أن عمر بن الخطاب جعل وقفه في يد ابنته حفصة ، وإنما فعل ذلك ليتم وقفه ، وهو قبل تمامه غير لازم يجوز الرجوع فيه [٣].

يناقش : هذا التوجيه لفعل عمر : بأن عمر إنما جعل وقفه في يد ابنته لكثرة أعماله فخشي التقصير في القيام به . ولأنه رغب في أن يكون بيدها بعد موته [٤].

وضعف الحافظ هذا الأثر ، فقال : " أما ما زعمه ابن التين أن عمر وضع الوقف إلى حفصه فمردود " [٥]. فعلى فرض صحته فإنه يصادم ما ثبت عن عمر

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٣٥/٦ ، المغني ١٨٧/٨ ، المبدع ٣٥٢/٥ .

(٢) انظر " نيل الأوطار ٢٦/٦ .

(٣) انظر : المبسوط ٣٦/١٢ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) انظر : فتح الباري ٣٨٤/٥ .

من أنه ولي صدقته حتى مات . فيتعين صرفه إلى أن المقصود بذلك أن عمر أوصى بدفعه إلى حفصة بعد وفاته ، وأنها إنما حازته بعد وفاة أبيها ، وعلى فرض ثبوت الحيازة قبل الوفاة فإنه لا يعني أنه شرط لتمام الوقف بل لكثرة شواغله .

الدليل الثالث : أن الوقف تبرع . فناسب أن يكون التسليم تبرعاً ، فإذا كان كذلك كان له الرجوع ولا يجبر على التسليم ، فلذلك لا تتم الهبة ولا الصدقة ولا تلزمان إلا بالقبض ، والوقف مثلهما في أن الجميع تبرع ، فيكون مثلهما في أنه لا يلزم إلا بالقبض ، وقبله يجوز الرجوع فيه [(١)].

يناقش هذا القياس : بأنه مع الفارق ، فالهبة والصدقة فيهما تمليك العين الموهوبة أو المتصدق بها . أما الوقف فلا يملك فيه الموقوف عليه العين الموقوفة وإنما يملك منفعتها ، فتبقى العين في يد الواقف . وإذا أخرجها من يده تكون في يد ناظر الوقف المولى من قبله ، فلا يترتب على الإقباض أثر من حيث اللزوم وعدمه .

الدليل الرابع : الوقف في حقيقته إخراج مال على وجه القربة ، فلم يلزم بمجرده كالصدقة [(٢)] .

نوقش : بأن قياس الوقف على الصدقة فيه نظر ، فالصدقة تلزم في الحياة بغير حكم حاكم ، وتفتقر إلى القبول ، والوقف لا يفتقر إليه فافترقا [(٣)].

أدلة القول الثالث : استدل القائلون : بأن الواقف يرجع في وقفه متى شاء ما لم يحكم به الحاكم ، أو يضيفه الواقف إلى ما بعد الموت ، أو يكون الموقوف مسجدًا بما يلي :

---

(١) انظر : المبسوط ٣٥/١٢ .

(٢) انظر : المبدع ٣٥٣/٥ .

(٣) المصدر السابق .

الدليل الأول : حديث ابن عباس : " لا حبس عن فرائض ا لله " [١].

وجه الدلالة : أن معنى الحديث أنه لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة ، وإذا قلنا بلزوم الوقف حبسنا المال عن قسمته بين الورثة ، وهذا مخالف للحديث [٢].

نوقش هذا الدليل من وجهين :

الأول : الإسناد ، فقد حكم كثير من أئمة الحديث عليه بالضعف ، وذلك لاشتمال سنده على رجلين ضعيفين ، هما : ابنا لهيعة عبد ا لله وعيسى [٣].

الثانية : من حيث المعنى ، فإنه يحتمل أن يكون المراد بالحديث النهي عن حبس المال عن وارثه وعدم إطلاقه إلى يده ، وهو ما كان يفعله العرب في الجاهلية[٤] .

ولو فرض أن المراد بحديث ابن عباس السابق الحبس الشامل للوقف لكونه نكرة في سياق النفي لكان مخصصاً بالأحاديث السابقة التي تدل على لزوم الوقف.

وقد ضعف ابن حزم هذا الاستدلال وبين فساده عن طريق الإلزام ، فقال: وهذا قول فاسد لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة والوصية بعد الممات ، وكل هذه مسقطة لفرائض الورثة عما لو لم تكن فيه لورثوه عن فرائض

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الوقف ـ باب من قال لا حبس عن فرائض ا لله عز وجل (١٦٢/٦).

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٥/٣ ، بدائع الصنائع ٣٣٥/٦ ، تكملة المجموع ٣٢٣/١٥ .

(٣) قال البيهقي في السنن الكبرى (١٦٢/٦) : " قال علي: لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه ، وهما ضعيفان "، وقال الزيلعي في نصب الراية (٤٧٧/٣) . وابن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان". وانظر : المحلى ١٥٢/٨ ، نيل الأوطار ٢٦/٦.

(٤) انظر : المحلى ١٥٢/٨ .

الله ، فيجب بهذا القول إبطال كل هبة وكل وصية ، لأنها مانعة من فرائض الله بالمواريث "[١].

الدليل الثاني : ما روى عن عبد الله بن زيد بن عبد ربه أنه أتى إلى النبي ﷺ فقال : " يارسول الله حائطي هذا صدقة وهو إلى الله ورسوله ، فجاء أبواه فقالا : يارسول الله ، كان قوام عيشنا فرده رسول الله إليهما ، ثم ماتا فورثهما ابنهما بعد " [٢].

وجه الدلالة : أنه لما تصدق بحائطه فاشتكى والداه رده عليهما ، فكان هذا دليلاً على جواز إعادة الوقف بعد وقفه . وإرثه من صاحبه بعد موته كما حصل في القصة المذكورة [٣].

نوقش هذا الاستدلال من عدة وجوه :

الأول : أن هذا الحديث من مراسيل أبي بكر بن حزم ، وهو لم يدرك عبد الله بن زيد [٤].

الثاني : أن الوقف لم يرد له ذكر في سياق الحديث ، وإنما أطلق لفظ الصدقة فقط ، فالظاهر من الحديث أن المراد صدقة التطوع ، وأنه أناب الرسول ﷺ ليختار ما يرى صرف الصدقة إليه [٥].

---

(١) المصدر السابق .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ـ كتب الوقف ـ باب من قال لا حبس ..(١٦٣/٦).

(٣) انظر : تكملة المجموع ١٥ ٣٢٣ .

(٤) انظر : السنن الكبرى (١٦٣/٦)، المحلى ١٥٣/٨ .

(٥) انظر : تكملة المجموع ١٥ ٣٢٤ .

الثالث : أنه يحمل على أنه ليس ملكاً للمتصدق به ، بل كان يعمل فيه بطريق النيابة ، فكان هذا الحائط لهما ، فتصرف فيه بالحبس من غير أمرهما ، وهذا باطل إجماعاً ، ولولا أنه لهما لما ورثه عنهما [١].

الرابع : أنه مخالف للسنة الثابتة وإجماع الصحابة . قال الترمذي : العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك خلافاً [٢].

الدليل الثالث : ما رواه الطحاوي[٣] عن الزهري عن عمر قال : لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها " [٤].

وجه الدلالة : أن هذا يشعر بأن الوقف لا يمنع الرجوع عنه ، وأن الذي منع عمر من الرجوع كونه ذكره للنبي ﷺ ، فكره أن يفارقه على أمر ثم يخالفه بفعل غيره [٥].

نوقش من وجهين :

الأول : أنه منقطع لأن ابن شهاب لم يدرك عمر [٦].

---

(١) انظر : الذخيرة ٢٢٣/٦ .

(٢) انظر : المحلى ١٥٢/٨ ، فتح الباري ٤٧٢/٥ ، تكملة المجموع ٣٢٤/١٥ .

(٣) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدي الطحاوي ، نسبة إلى قرية (طحا) من قرى مصر، انتهت إليه رياسة أصحاب أبي حنيفة بمصر ، وهو ابن أخت المزني صاحب الشافعي ، تفقه عليه أولا ثم انتقل إلى مذهب أبي حنيفة . له تآليف كثيرة ، منها : معاني الآثار، شرح مشكل الآثار ، أحكام القرآن . توفي سنة ٣٢١هـ .
انظر ترجمته في : وفيات الاعيان (٧١/١)، الجواهر المضيئة (١٠٢/١)، شذرات الذهب (٢٨٨/٢).

(٤) شرح معاني الآثار (٦٩/٤).

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٦/٣ . فتح الباري ٥ ٤٧٢ ، نيل الأوطار ٢٦/٦ .

(٦) انظر : المحلى ١٥٣/٨ ، فتح الباري ٥ ٤٧٢ . نيل الأوطار ٢٦/٦ .

الثاني : على فرض صحته فإنه لا حجة فيه للقول بجواز الرجوع ، إذ إن عمل الصحابي على خلاف ما رواه لا تقوم به الحجة على رد النص الصريح الوارد عن النبي ﷺ [١].

الدليل الرابع : إن حقوق العباد لم تنقطع عن المال الموقوف بدليل انتفاعهم به ، وانتفاعهم به دليل على ثبوت الملك لهم ، وإذا ثبت ذلك ، فإما أن يكون مملوكاً للواقف أو لغيره ، والثاني ممتنع لعدم الدليل عليه فتعين الأول ، فإذا ثبت كون الموقوف باقياً على ملك الواقف انتفى القول باللزوم لمنافاته معنى الملك[٢].

يناقش : بمنع ملكية الوقف للعباد ، لأنه لا يلزم من انتفاعهم به ملكهم له، فالمعار ــ مثلاً ــ ينتفع بمنافع العين المعارة وهو غير مالك لها ، أضف إلى ذلك الأدلة الدالة على أن الوقف لا يملك ومنها قوله ﷺ لعمر : " احبس الأصل وسبل ثمرتها "[٣] ، وهذا صريح في أن الوقف لا يملك وإنما الذي يملك هو منفعة الوقف وثمرته .

الدليل الخامس : أن الوقف تمليك دون الرقبة ، فلا يلزم كالعارية [٤].

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) انظر : نيل الأوطار ٢٦/٦ .

(٣) أخرجه النسائي في سننه ــ كتاب الاحباس ــ باب كيف يكتب الحبس (٥٤٢/٦) وابن ماجه في سننه ــ كتاب الصدقات ــ باب من وقف (٨٠١/٢) ، وابن حبان في صحيحه ــ كتاب الوقف ــ باب الخبر المدحض قوله من نفى جواز اتخاذ الأحباس في سبيل الله (٢٦٢/١١) والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب الوقف ــ باب من قال لا حبس ..(١٦٣/٦).

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٥/٣ .

ويناقش هذا الدليل : بأنه قياس فاسد الاعتبار ، لأنه في مقابل النص . ولو سلمنا جدلاً بصحته لكان قياساً مع الفارق ، فالملك في الوقف يخرج عن صاحبه بمجرده ، بخلاف العارية ، فإن ملكية المعير للعين المعارة باقية .

الدليل السادس : احتج الطحاوي لأبي حنيفة بأن قوله ﷺ : " حبس أصلها" لا يستلزم التأبيد ، بل يحتمل أن يكون قد أراد مدة اختياره [١].

نوقش : بأنه لا يخفى ضعف هذا التأويل، وذلك من وجهين [٢]:

الأول : أن هذه الكلمة جاءت مفسرة في رواية ، فجاء في بعض ألفاظ الحديث : " حبس ما دامت السموات والأرض ".

الثاني : لا يفهم من قول الواقف حبست ووقفت في لغة العرب إلا التأبيد، قال ابن منظور : " يقال وقف فلان أرضه وقفاً مؤبداً إذا جعله حبيساً لا تباع ولا تورث"[٣].

أما سبب قوله بلزوم العقد إذا حكم الحاكم ، فهو أن حكم الحاكم صادف محل اجتهاد وأفضى اجتهاده إليه ، وحكم الحاكم بما أفضى إليه اجتهاده جائز كسائر المسائل الاجتهادية . وأما إذا أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية ، ولا يتصور الرجوع فيها بعد الموت .

وأما في وقف المسجد فإنه ليس في قول الواقف جعلت هذه البقعة مسجداً ما يدل على بقائها في ملكه لقوله تعالى : ﴿ وأن المساجد لله ﴾ [٤].[٥]

---

(١) انظر : شرح معاني الآثار ٢٥/٦ . فتح الباري ٤٧٢/٥.

(٢) انظر : فتح الباري ٤٧٠/٥ ، سبل السلام ٨٧/٣ .

(٣) انظر : لسان العرب مادة وقف (٩ ٣٥٩).

(٤) سورة الجن : آية (١٨).

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٦/٣ ، بدائع الصانع ٣٣٥/٦ .

الراجـــح : اتضح لي بعد هـذا العـرض والمناقشـة رجحـان القـول الأول ، وأنه الأقرب إلى الصواب لقوة الأدلة التي استدل بها وصراحتها ، وانفكاكها عـن المناقشات ، ولضعـف أدلـة القولـين الآخريـن ، وصحـة الاعتراضـات والمناقشـات الواردة عليهما ، فإن حقيقة لفـظ الوقـف اللغويـة والشـرعية تـدل علـى التـأبيد ، وتقدم نقل ما يدل على ذلك من كتب اللغة . أما حقيقة الوقف الشرعية التي تمت على التأبيد فهي مأخوذه مـن قولـه ﷺ لعمـر : " احبـس الأصـل وسبل ثمرتهـا" ، ويؤيـده مـا جـاء في بعـض الروايـات وهـو قولـه : " حبـس مـا دامـت السـموات والأرض".

وقد اعتذر أبو يوسف لشيخه أبي حنيفة بقوله كما حكاه عنه الطحاوي : "لو بلغ حديث عمر أبا حنيفة لقال به ، لأنه لا يسع أحداً خلافه " [1].

---

(١) انظر : شرح معاني الآثار ٢٦/٥ . فتح الباري ٤٧٢/٥ ، نيل الأوطـار ٢٥/٦ ، سبل السـلام ١٨٧/٣ .

المبحث الثاني

الرجوع في الوقف المؤقت

إذا أطلق الواقف وقفه ولم يتعرض فيه لتنجيز ولا لتأبيد فإنه يحمل على أنه ناجز من حينه كما يحمل على أنه مؤبد ، وأما إن وقته بمدة على أن يرجع بعدها فهل له ذلك ؟ وما أثر هذا التأقيت والاشتراط على صحة الوقف ؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : يبطل الوقف والشرط معاً .

وهو المفهوم من كلام الحنفية [١] ، ومذهب الشافعية [٢]، والصحيح عند الحنابلة [٣].

جاء في بدائع الصنائع :" وأما الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأبيد ، وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز " [٤]، وفي المهذب :" ولا يصح بشرط الخيار، وبشرط أن يرجع فيه متى شاء " [٥]، وفي الإنصاف :" لو شرط في الوقف أن يبيعه أو يهبه أو يرجع فيه متى شاء بطل الشرط والوقف في أحد الأوجه وهو الصحيح من المذهب ، نص عليه وقدمه في الفروع ، وقال المصنف في المغني : لا نعلم فيه خلافاً " [٦].

القول الثاني : يصح الوقف مع بطلان الشرط .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٩/٣ ، بدائع الصنائع ٣٣٦/٦ ، اللباب ١٨٢/٢ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٣٩٤/٤ ، المهذب ٣٢٤/٢ ، مغني المحتاج ٥٣٨/٣ .

(٣) انظر : الإنصاف ٢٥/٧ . المبدع ٣٢٣/٥ ، كشاف القناع ٣٠٦/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٤٠٥/٢.

(٤) ٣٣٦/٦ .

(٥) ٣٢٤/٢ .

(٦) ٢٥/٧ .

وهو قول بعض الشافعية [١]، ووجه عند الحنابلة [٢].

جاء في روضة الطالبين :" وعن ابن سريج[٣] : أنه يحتمل أن يبطل الشرط ويصح الوقف " [٤]، وجاء في الإنصاف : " وقيل يبطل الشرط دون الوقف، وهو تخريج على البيع " [٥].

القول الثالث : صحة الشرط وثبوت حق الرجوع .

وهو قول المالكية [٦].

جاء في جواهر الإكليل :" ولا يشترط في صحة الوقف التأبيد ، أي كونه مؤبداً دائماً بدوام الشيء الموقوف ـ فيصح وقفه مدة معينة ثم ترفع وقفيته " [٧].

أدلة القول الأول : استدل القائلون ببطلان الوقف والشرط معاً بما يلي:

الدليل الأول : أن اشتراط الواقف لنفسه حق بيع الوقف أو الرجوع فيه ينافي مقتضى عقد الوقف فلا يقع صحيحاً لتضمنه هذا الشرط الفاسد، ويؤيده ما جاء في حديث عمر : " لايباع أصلها .." [٨].

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٣٩٤/٤ . مغني المحتاج ٥٣٨/٣ ، تكملة المجموع ٣٣٣/١٥

(٢) انظر : المغني ١٩٢/٨ ، الإنصاف ٧ ٢٥ . المبدع ٣٢٣/٥ .

(٣) هو أحمد بن عمر بن سُريج ، فقيه الشافعية في عصره ، مولده ووفاته ببغداد ، ولي القضاء بشيراز ثم اعتزل ، عده البعض مجدد المائة الثالثة ، وكان له ردود على محمد بن داود الظاهري ومناظرات معه ، وفضله بعضهم على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني ، له نحو أربعمائة مصنف ، منها : الانتصار ، والأقسام والخصال. توفي سنة ٣٠٦هـ ، انظر ترجمته : طبقات الشافعية للاسنوي (٨٧/٢)، الأعلام (١٧٨/١).

(٤) ٣٩٤/٤ .

(٥) ٢٥/٧ .

(٦) انظر : جواهر الإكليل ٣١٠/٢ . مواهب الجليل ٦٤٨/٧ ، حاشية الدسوقي ٤٧٤/٥ .

(٧) ٣١٠/٢ .

(٨) انظر : المغني ١٩٢/٨ ، المبدع ٥ ٣٢٣ . شرح منتهى الإرادات ٤٠٥/٢ .

الدليل الثاني : قياس الوقف على الصدقة بجامع أن كلا منهما إخراج المال على وجه القربة فكما أن الصدقة لا تصح مع وجود هذا الشرط فكذلك الوقف (١).

الدليل الثالث : الوقف إضافة ملك إلى الله تعالى كالعتق أو إلى الموقوف عليه كالبيع والهبة ، وعلى كلا التقديرين فهذا شرط مفسد (٢).

أدلة القول الثاني : استدل القائلون ببطلان الشرط وصحة الوقف بما يلي:

الدليل الأول:القياس على الشروط الفاسدة في البيع ، فإن الشروط تبطل ويصح البيع لحديث بريرة . فإن النبي ﷺ قد أبطل الشرط ولم يبطل العقد(٣).

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، فإن عقد الوقف عقد إسقاط ، والبيع معاوضة فافترقا، بالإضافة إلى أن في صحة البيع مع الشروط الفاسدة خلافاً بين الفقهاء ، فيكون حكم الأصل المقيس عليه مختلفاً فيه فلا يصح أن يقاس عليه غيره.

الدليل الثاني : القياس على العتق بشرط الرجوع ، فإنه يقع العتق ويبطل الشرط (٤).

نوقش : بأن كثيراً من العلماء قالوا بعدم وقوع العتق بشرط الرجوع ، ومع التسليم فإنه مخالف للوقف . وذلك أن العتق مبني على الغلبة والسراية (٥).

---

(١) انظر : المهذب ٣٢٤/٢ ، المبدع ٣٥٣/٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٣٦/٦ ، روضة الطالبين ٣٩٤/٤ ، المغني ١٩٣/٨ .

(٣) انظر : المبدع ٣٢٣/٥ ، تكملة المجموع ٣٣٣/١٥ .

(٤) انظر : الإسعاف ٣٣ .

(٥) انظر : مغني المحتاج ٥٣٨/٣ ، نهاية المحتاج ٣٧٦/٥ .

الدليل الثالث : قياس اشتراط الرجوع في الوقف على اشتراط المطلق أنه لا رجعة له ، فإن المطلق إذا أسقط حقه في الرجعة ، أو طلق بشرط أن لا رجعة له وقع الطلاق ولم يسقط حقه في الرجوع [(١)].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن اشتراط الرجوع في الوقف يعتبر إنشاء حكم لم يكن ثابتاً له بخلاف اشتراط عدم الرجوع في الطلاق الرجعي فإنه إسقاط حكم أثبته الشارع، فلا يسقط بالإسقاط .

أدلة القول الثالث : استدل القائلون بصحة الوقف والشرط ، وثبوت حق الرجوع للواقف بما يلي :

الدليل الأول : ما رواه البخاري من بيع حسان حصته من وقف أبي طلحة من معاوية [(٢)].

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٨/٣١٤ .

(٢) فقد روى البخاري عن أنس أنه قال : لما نزلت " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " جاء أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال : " يارسول الله ، يقول الله تبارك وتعالى في كتابه " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " وإن أحب أموالي إليّ بيرحاء ، قال : وكانت حديقة كان رسول الله ﷺ يدخلها ويستظل بها ، ويشرب من مائها ، فهي إلى الله ﷻ وإلى رسوله ﷺ أرجو بره وذخره . فضعها أيْ رسول الله حيث أراك الله ، فقال رسول الله ﷺ : بخ يا أبا طلحة ، ذلك مال رابح ، قبلناه منك ، ورددناه عليك . فاجعله في الأقربين ، فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه . قال : وكان منهم أبيٌّ وحسان . قال : وباع حسان حصته منه من معاوية ، فقيل له : تبيع صدقة أبي طلحة ؟ فقال : الا أبيع صاعاً من تمر بصاع من دراهم ؟ قال : وكانت تلك الحديقة في موضع قصر بني حُدَيْلَة الذي بناه معاوية " .

أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب الوصايا ـ باب من تصدق إلى وكيله ثم رد الوكيل إليه (٤/٧) . والنسائي في سننه ـ كتاب الاحباس ـ باب كيف يكتب الحبس (٦/٢٤٥)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الهبات ـ باب الصدقة في الأقربين (٦/١٦٤).

وجه الدلالة : قال ابن حجر : " يحتمل أن يقال شرط أبو طلحة عليهم لما وقفها عليهم أن من احتاج إلى بيع حصته منهم جاز له بيعها ، وقد قال بجواز هذا الشرط بعض العلماء كعلي وغيره "[١].

يناقش : بأن هذا الاحتمال بعيد ، إذ لم يقم عليه دليل ، بل هو احتمال مجرد فلا يصح أن يبنى عليه حكم شرعي ، بل إن بيع حسان حصته يدل على أن أبا طلحة ملكهم الحديقة المذكورة بعد أن أرجعها إليه رسول الله ﷺ ولم يوقفها عليهم ، إذ لو وقفها ما ساغ لحسان أن يبيعها ، لما علم من أن الوقف لا يباع .

الدليل الثاني : قوله ﷺ : " المسلمون على شروطهم "[٢].

وجه الدلالة : أن من شرط شيئاً كان له ما شرط ، وفي ذلك مراعاة لحق الجانبين ـ الواقف والموقوف عليه ـ [٣]في حين أنه لا مانع منه شرعاً ما دام أنه لم يشتمل على محرم .

يناقش : بأن الحديث ظاهر الدلالة في لزوم الشروط وأنه يجب الوفاء بها، ولكن يجب أن يقيد هذا اللزوم فيما إذا كانت هذه الشروط صحيحة ومنعقدة ، وفي مسألتنا هذه فإن الشرط غير صحيح فلا ينعقد فالوقف عقد مؤبد لا يحتمل التأقيت ولا الفسخ لأنه مناف لمقتضى العقد ، والشرط متى كان منافياً لمقتضى العقد ، أو ترتب عليه حل ما حرم الله ، أو تحريم ما أحل الله فإنه باطل .

الدليل الثالث: قول عمر : "لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها"[٤].

---

(١) انظر : فتح الباري ٤٥٦/٥ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي ٤٧٤/٥ .

(٤) تقدم تخريجه .

وجه الدلالة : أنه يحتمل أن يكون عمر كان يرى صحة الوقف ولزومه إلا أن يشترط الواقف الرجوع فله أن يرجع [١].

ويناقش : بأننا لو سلمنا بصحة هذا الأثر فإنه لا دلالة فيه على ما ذكر ، فما ذكر في وجه الدلالة تأويل متكلف ، فليس في هذا الأثر ما يدل على صحة تأقيت الوقف ، وجواز اشتراط الواقف الرجوع في وقفه ، لذا فلا يصح التعلق به للقول بصحة اشتراط الرجوع في الوقف .

الراجح : الذي يظهر لي صوابه من هذه الأقوال هو القول الأول ، وذلك لقوة أدلته ووجاهتها ، ولضعف أدلة المخالفين وعدم انفكاكها عن المناقشة، فهي إما أن تكون نصوصاً عامة مخصصة بنصوص أخرى ، أو تكون أقيسة فاسدة الاعتبار لكونها في مقابلة النصوص ، وإن سلم من ذلك فإنه يقطع بوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن هذا الشرط الفاسد الذي اقترن بعقد الوقف مفسد له ، لأنه مناف لمقتضاه وهو التأبيد ، فيكون الوقف ــ مع هذا الشرط المقترن به ــ قد أنشيء على وجه لا يتفق مع طبيعة هذا العقد ومقتضاه ، وما كان كذلك فإنه لا ينعقد ابتداء .

---

(١) انظر : فتح الباري ٤٧٢/٥ .

المبحث الثالث

الرجوع في الوقف المعلق بالموت

إذا وقف المالك ماله ولم ينجزه ، بل جعله معلقا على موته ، كأن يقول: إذا مت فقد وقفت داري ، فهل يستحق الرجوع إن كان حياً ولم يمت بعد ، أم أنه يلزم من حين صدوره ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : جواز الرجوع ما دام الواقف حياً .

وهو قول الحنفية [١]، والشافعية [٢]، وقول بعض الحنابلة [٣].

جاء في اللباب:" والصحيح أنه كوصية يلزم من الثلث بالموت لا قبله "[٤]، وفي حاشية قليوبي : " ولا يجوز تعليقه إلا بالموت كوقفته بعد موتي .. وهو حينئذ وصية فله الرجوع فيه " [٥]، وفي الإنصاف :" قال الحارثي : كلام الأصحاب يقتضي أن الوقف المعلق على الموت ... لا يقع لازماً قبل وجود المعلق عليه "[٦] .

القول الثاني : ليس له الرجوع ، ويلزم من حين صدوره .

وهو المفهوم من كلام المالكية ـ لأنهم يرون صحة التأجيل في الوقف ـ[٧]، وقول أكثر الحنابلة وهو المذهب عندهم [٨].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٦/٣ . اللباب ١٨٠/٢

(٢) انظر : روضة الطالبين ٤٠٥/٤ . حاشية قليوبي ١٠٣/٣ .

(٣) انظر : المغني ٢١٦/٨ ، الإنصاف ٢٤/٧ ، المبدع ٣٢٣/٥ .

(٤) ١٨٠/٢ .

(٥) ١٠٣/٣ .

(٦) ٢٤/٧ .

(٧) انظر : مواهب الجليل ٦٤٨/٧ . حاشية الدسوقي ٤٧٣/٥ ، تبيين المسالك ٢٥٤/٤ .

(٨) انظر : المغني ٢١٦/٨ . الانصاف ٢٤/٧ ، شرح منتهى الإرادات ٤٠٥/٢ .

جاء في حاشية الدسوقي : ولا يشترط في الوقف التنجيز بل يصح فيه التأجيل "[١]، وفي الإنصاف : " الرابع : " أن يقف ناجزاً ، فإن علقه على شرط لم يصح إلا أن يقول : هو وقف من بعد موتي فيصح في قول الخرقي وهو المذهب"[٢].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بجواز الرجوع مادام الواقف حياً بما يلي:

الدليل الأول : أن كل ما يعلق بالموت يعتبر وصية ، والوصية بالإجماع لا تلزم قبل الموت ، فهي عقد جائز غير لازم ، لذا فإنه يعتبر وصية من الوصايا[٣].

يناقش هذا الاستدلال : بأن الوقف المعلق وإن كان أشبه ما يكون بالوصية إلا أن القطع بأنه وصية من الوصايا غير صحيح ،و ذلك للفارق بينهما. ومن ذلك أن الموصى به في الوصية ينتقل إلى ملك آدمي آخر بخلاف الوقف ، فإن الذي ينتقل إلى الموقوف عليه هو المنفعة فقط دون العين ، ويشترط لانتقال الملك في الوصية القبول بخلاف الوقف ، حيث لا يفتقر انعقاده إلى القبول . إلى غير ذلك من الفروق بين هذين العقدين التي تبين بها مدى الاختلاف بينهما في الحقيقة والأحكام .

أما القول بأن كل ما هو معلق بالموت فهو وصية فغير صحيح أيضاً : فالتدبير ـ مثلاً ـ معلق بالموت . ولم يقل أحد بأنه وصية من الوصايا .

---

(١) ٤٧٣/٥ .

(٢) ٢٤/٧ .

(٣) انظر : اللباب ٢ ١٨٠ ، المغني ٨ ٢١٦ ، الإنصاف ٢٤/٧ ، المبدع ٣٢٣/٥ .

الدليل الثاني : القياس على التدبير ، فكما أنه يجوز للسيد أن يبيع عبده المدبر عند الحاجة ولزوم الدين ، فكذلك يجوز الرجوع عن الوقف المعلق بجامع أن كلاً منهما تبرع معلق بالموت [١].

يناقش هذا الاستدلال : بأن هذا القياس فاسد الاعتبار ، لأن بيع المدبر عند الحاجة مختلف فيه . ومن شرط صحة القياس أن يكون حكم الأصل المقيس عليه متفقاً عليه

وعلى التسليم بصحته فإن الاستدلال به لا يصح فيما نحن بصدده ، فقد اشترط القائلون بجواز بيع المدبر أن تكون هناك حاجة توجبه كدين ونحوه ، بخلاف الوقف المعلق فإن القائلين بجواز الرجوع فيه لم يقيدوه بالحاجة ، فالرجوع في الوقف المعلق ـ عندهم ـ يصح مطلقاً ، فتبين أن الاستدلال بالقياس هنا غير صحيح .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بلزوم الوقف المعلق بالموت من حين صدوره بالأدلة الدالة على لزوم الوقف ، فهي أدلة عامة تشمل المنجز والمعلق[٢].

ويناقش : بأن هذه الأدلة إنما تدل على لزوم الوقف المنجز فقط ، فلا تدل على لزوم الوقف المعلق لأنه أشبه الوصايا .

الراجح : الذي تبين لي رجحانه من هذين القولين هو القول الأول ، لأن الوقف المعلق بالموت أشبه ما يكون بالوصية ، والوصية لا تلزم إلا بعد الموت ، أما قبله فإنها لا تلزم ويحق للمتبرع الرجوع ، وهذا بإجماع الفقهاء ، فيأخذ الوقف المعلق حكم الوصية من حيث اللزوم وعدمه ، فيكون للواقف وقفاً معلقاً أن يرجع فيه متى شاء .

---

(١) انظر : المغني ٢١٦/٨ ، شرح منتهى الإرادات ٤٠٥/٢ .

(٢) انظر : ص من هذا البحث .

المبحث الرابع

الرجوع في الوقف المنجز في مرض الموت

إذا وقف رجل جزءاً من ماله وإن كان أقل من الثلث ــ ونجزه في مرض موته ، فهل يلزم ما أخرجه في هذه الحالة فلا يكون له الرجوع فيه ، أم أن ما أخرجه يكون داخلاً في الوصية ، وبثبت له ما للوصية من أحكام ، فيكون للواقف حينئذ الرجوع ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن الوقف يلزم . وليس للواقف الرجوع فيه .

وهو قول الصاحبين (١)، وقول الشافعية (٢)، والمذهب عند الحنابلة (٣).

جاء في تبيين الحقائق : " وإن نجز الوقف في المرض ... وعندهما ــ أي الصاحبين ــ يلزم من الثلث " (٤)، وقال الخطيب الشربيني(٥) بعد أن ذكر قول صاحب المنهاج : " شرط الواقف صحة عبارته وأهلية التبرع " قال : ودخل في قوله " أهلية التبرع " المبعض والمريض مرض الموت ، ويعتبر وقفه من الثلث " (٦)، وجاء في المغني :" وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم ، ومازاد على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ، ووقف الزائد على إجازة الورثة" (٧).

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٣ ٣٢٦ . بدائع الصنائع ٦ ٣٣٤ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٥٢٣/٣ . نهاية المحتاج ٣٦٠/٥ ، حاشية قليوبي ٩٧/٣ .

(٣) انظر : المغني ٢١٥/٨ ، الإنصاف ٢٢/٧ .

(٤) ٣٢٦/٣ .

(٥) هو محمد بن أحمد الشربيني . فقيه شافعي مفسر لغوي من أهل القاهرة ، له مصنفات عديدة ، منها : الإقناع في حل ألفاظ ابن شجاع ، ومغني المحتاج في شرح المنهاج . توفي سنة ٩٧٧هـ . انظر ترجمته : شذرات الذهب ٣٨٤/٨، الأعلام ٢٣٤/٦.

(٦) ٥٢٣/٣ .

(٧) ٢١٥/٨ .

القول الثاني : للواقف الرجوع في الوقف .

وهو قول أبي حنيفة [١]. وقول المالكية [٢].

حاء في تبيين الحقائق :" إن نجز الوقف في المرض ... فإنه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة فلا يلزم " [٣]، وجاء في الشرح الكبير : " أما من حبس في مرضه فكالوصية يخرج من الثلث إن كان لغير وارث وله إبطاله " [٤].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بلزوم الوقف في هذه الحالة بما يلي:

الدليل الأول : عموم الأدلة الدالة على لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه [٥].

الدليل الثاني : أن حق الورثة تعلق بالمال لوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث كالعطية والعتق . أما إن كان أقل من الثلث فجاز الوقف فيه ولزم لعدم تعلق حق الورثة به [٦].

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بجواز الرجوع في الوقف بما يلي:

الدليل الأول : القياس على الوصية . وذلك أنه لما كان الوقف لا ينفذ إن مات في مرضه إلا من الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه [٧].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٦/٣ . بدائع الصنائع ٣٣٤/٦ .

(٢) انظر : البيان والتحصيل ١٢ ٢٣٧، جواهر الإكليل ٣٠٨/٢، مواهب الجليل ٦٣٨/٧، حاشية الدسوقي ٤٦٤/٥ .

(٣) ٣٢٦/٣ .

(٤) ٤٦٤/٥ .

(٥) انظر ص

(٦) انظر : تبيين الحقائق ٣٢٦/٣ .

(٧) انظر : البيان والتحصيل ٢٣٧/١٢ .

يناقش : بأنه قياس مع الفارق . فإن الوقف في مرض الموت يخالف الوصية، ففي الوقف لو برئ المتبرع من المرض كان ما أوقفه لا رجوع فيه . بخلاف الوصية فإن للموصي الرجوع فيها، بالإضافة إلى أن انتقال الملك في الوصية يكون بعد موت الموصي ، وللموصى له أن يرجعه إلى ورثة الموصي ، بخلاف الوقف فإنه ينجز من حينه . ولا يمكن أن يرجع إلى الواقف بحال .

الراجح : الذي يظهر لي صوابه هو القول الأول ، وذلك لعموم الأدلة الدالة على لزوم الوقف ، من غير تفريق بين ما كان في حال الصحة أو في حال المرض ، والقول بالتفريق بينهما نقل للحكم عن العموم فيحتاج إلى دليل ، وحيث لا دليل فإن الوقف يبقى على لزومه لعموم الأدلة .

الفصل الحادي عشر

الرجوع في العارية

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع في العارية بلا موجب .

المبحث الثاني : صور مستثناه يلزم فيها العقد .

الفصل الحادي عشر

الرجوع في العارية

المبحث الأول

الرجوع في العارية بلا موجب[1]

لا خلاف بين الفقهاء في أن المعار إذا أراد الرجوع ورد ما استعاره فإن له ذلك . لكنهم اختلفوا في المعير إذا أراد الرجوع فيما أعاره هل يملك ذلك ؟ وهل العارية المطلقة والمقيدة في ذلك سواء أم أنه يفرق بينهما ؟ على قولين للفقهاء:

القول الأول : للمعير الرجوع في العارية مطلقاً ، سواء كانت مطلقة أم مقيدة .

وهو قول الحنفية [2]، والشافعية [3]، والحنابلة [4].

جاء في بدائع الصنائع : " للمعير أن يرجع في العارية ، سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً " [5]، وفي روضة الطالبين :" للمعير الرجوع متى شاء ... سواء العارية المطلقة والمؤقتة " [6]، وفي الإنصاف : " وللمعير الرجوع متى شاء .." [7].

---

(١) العارية في اللغة : من التعاور . وهو التداول والتناوب مع الرد . والإعارة مصدر أعار . والاسم من العارية، وتطلق على العقد وعلى الشيء المعار . والاستعارة طلب الإعارة .

انظر : لسان العرب مادة (عور) (٦١٩/٤) . المصباح المنير مادة (عور) (٤٣٧).

وفي الاصطلاح : إباحة المنافع بغير عوض

انظر : فتح القدير ٣/٩ ، شرح حدود ابن عرفه ٤٥٩/٢ ، كفاية الأخيار ١٨٠/١ ، المبدع ١٣٧/٥.

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٨٤/٥. بدائع الصنائع ٣٣١/٦ ، فتح القدير ٧/٩ ، رد المحتار ٥٠٤/٤ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٨٢/٤ ، مغني المحتاج ٣٢٤/٣ ، حاشية قليوبي ٢١/٣ .

(٤) انظر : المغني ٣٥٠/٧ ، الإنصاف ١٠٤/٦ ، شرح منتهى الإرادات ٢٨٩/٢ .

(٥) ٣٣١/٦ .

(٦) ٨٢/٤ .

(٧) ١٠٤/٦ .

القول الثاني : لا يملك المعير الرجوع سواء كانت مقيدة بعمل أو أجل أو كانت مطلقة إلا بعد مضي مدة ينتفع بها المعار عرفا .

وهو قول المالكية [١].

جاء في مواهب الجليل : ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه وإلا فالمعتاد" [٢].

أدلة القول الأول : استدل القائلون : بأن المعير يملك الرجوع في العارية بما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ : العارية مؤداة والمنحة مردودة" [٣].

وجه الدلالة : أن الحديث دل على وجوب رد العارية إلى صاحبها إذا طلبها أو انتهت المدة التي عينها المعير عند الإعارة ، وذلك لعموم قوله : "مردودة" ولو كان المراد غير ذلك لبينه . " وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال" . كما أن في الحديث تخصيصاً بعد تعميم حيث إن المنحة عارية أيضاً ، ففهم من ذلك زيادة المبالغة في أن العارية مستحقة للرد إلى صاحبها إذا طلبها أو انتهت المدة المؤقتة [٤].

الدليل الثاني : أن منافع العين المعارة معدومة وقت العقد ، وإذا كانت كذلك فلا يملك المعار المنافع المستقبلية بالعقد ، لكونها معدومة في هذا الوقت ،

---

(١) انظر : القوانين الفقهية ٣٢١ ، الذخيرة ٢٢١/٦ ، مواهب الجليل ٣٠١/٧ .

(٢) ٣٠١/٧ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ـ كتاب البيوع ـ باب في تضمين العارية (٢٩٥/٣)، وأحمد في المسند (٢٦٧/٥) وابن حبان في صحيحه ـ كتاب العارية ـ باب ذكر حكم العارية والمنحة (٤٩١/١١)، والدارقطني في سننه كتاب البيوع (٤٠/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب العارية ـ باب العارية مؤداة (٨٨/٦).

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٨٤/٥ ، البناية ١٧٤/٩ ، المهذب ١٩٠/٢ .

وإذا كانت المنافع غير مملوكة للمعار فإنها ملك للمعير ، له أن يستوفيها في أي وقت شاء [(١)].

الدليل الثالث : أن العارية مبرة من المعير ، وارتفاق على المعار ، فلا يليق بها الإلزام ، لأن الإلزام يخرجها عن هذه المعاني [(٢)].

الدليل الرابع : إن الملك الثابت للمعار ملك غير لازم ، لأنه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازماً [(٣)].

يناقش : لا يسلم القول بأن الملك الذي لا يقابله عوض لا يكون لازماً ، فالوقف ـ مثلاً ـ لا يقابله عوض ، ومع هذا فهو لازم .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون : بأن المعير ليس له أن يرجع في عاريته بما يلي :

الدليل الأول : إن المعير قد أوجب باختياره وطوع نفسه تمليك منفعة العارية للمعار في مدة . فصارت العارية في يد المعار بعقد مباح فيملك الانتفاع بها في المدة المقررة أو المعتادة عند عدم التحديد ، ولا يملك المعير فيها الرجوع بغير اختيار المالك كالعبد الموصي بخدمته ، والعمرى [(٤)].

يناقش هذا الدليل من عدة وجوه :

الأول : إن المعقود عليه في عقد العارية وهو المنافع المستقبلية لم تحصل في يد المعار ، فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين في يده ، لأن المنافع إنما

---

(١) انظر : فتح القدير ٧/٦ ، المغني ٣٥٠/٧ ، كشاف القناع ٨٠/٤ .

(٢) انظر : روضة الطالبين ٨٢/٤ ، مغني المحتاج ٣٢٤/٣ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٣٣١/٦ .

(٤) انظر : الإشراف ٣٩/٢ ، الذخيرة ٢٢١/٦ .

تستوفي شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها ، والذي لم يستوفه لم يقبضه ، فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض [١].

الثاني : قياس العارية على الوصية قياس مع الفارق ، فالوصية تخالف العارية حيث إنها تلزم بالموت . أما قبله فإنها لا تلزم ويرجع الموصى في وصيته وذلك باتفاق الفقهاء ــ وأيضاً ــ فإن المعقود عليه في الوصية عين الوصي به بخلاف العارية فإن المعقود عليه فيها منافع العين المعارة .

الثالث : العمرى هبة للرقبة المعمرة ، والعارية هبة لمنافع العارية ، فلا يصح القياس لوجود الفارق .

الدليل الثاني : أن مدة الانتفاع بالعارية قد أصبحت حقاً للمعار، فلم يكن للمعير الرجوع فيها ، كما ليس له الرجوع في الهبة [٢].

يناقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الهبة ترد على العين ، ويتصور فيها القبض فتلزم به بخلاف العارية ، فإنها ترد على منافع العين المعارة ، ولا يتصور فيها قبض المنافع المستقبلية فلا تلزم بمجرد العقد .

واستدلوا بالعرف في إلزام المعير بإبقاء العين المعارة مدة ينتفع بها ــ فيما إذا كانت المدة مطلقة غير مقيدة ــ ، والعرف جار بإبقائها هذه المدة ، فإذا أراد المعير أخذها قبل مضي تلك المدة فقد خالف العرف ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وذلك أن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط على الصحيح [٣].

الراجح : القول الأول هو الأقرب إلى الصواب ، لقوة دليله ووجاهة تعليله ، غير أنه ينبغي أن يقيد إعطاء المعير حق الرجوع ــ بأن لا يترتب ضرر على

---

(١) انظر : فتح القدير ٧/٦ . المغني ٣٥٠/٧.

(٢) انظر : المعونة ١٢٠٩/٢ .

(٣) انظر : تبين الحقائق ٨٤/٥ . مواهب الجليل ٣٠١/٧ ، حاشية الدسوقي ١٥١/٥ .

المعار من جراء هذا الرجوع من قبل المعير ـ ، فإذا تحقق وقوع الضرر على المعار برجوع المعير فإنه يمنع حينئذ من الرجوع . ويكون العقد في هذه الحالة لازماً في حق المعير ، لأن الضرر منفي شرعاً " لا ضرر ولا ضرار" ، والرجوع في هذه الحالة ما هو إلا قلب الإحسان إلى الإساءة ، ويكون الامتناع من الإعارة ابتداء أخف من هذا التصرف من المعير ﴿قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى﴾[1] ، كما أنه ينبغي أن يقيد الرجوع إن ثبت بقيام الحاجة لدى المعير التي تدفعه إلى إرجاع ما أعاره إلى غيره . ويكون في هذا التأصيل مراعاة لكلا العاقدين، وصيانة لحقيهما على حد سواء . والله أعلم .

---

(١) سورة البقرة : آية (٢٦٣).

المبحث الثاني

صور مستثناه يلزم فيها العقد

سبق أن بينت أن بعض الفقهاء يرون لزوم عقد العارية ، ويمنعون من رجوع المعير في عاريته في جميع الأحوال ، سواء كانت العارية مقيدة بأجل أو عمل أو مطلقة .

أما بقية الفقهاء فهم وإن قالوا بجوار عقد العارية وأنه غير لازم ــ وهو الصحيح كما تقدم ــ إلا أنهم استثنوا حالات وصوراً يكون العقد فيها لازماً . ويمنع المعير من الرجوع . وتبقى العين المعارة في يد المعار ، وعليه أجرة المثل .

وهذه الصور المستثناة يرجع سبب استثنائها إلى وقوع الضرر على المعار برجوع المعير في عاريته . غير أن هؤلاء الفقهاء لم يتفقوا على عدد لهذه الصور المستثناة ، فهم بين مقل ومكثر .

فأما الحنفية ، فإن المنصوص عليه في غالب كتبهم استثناء حالتين ، هما : إعارة الأرض للغراس والبناء ، وإعارة الأرض للزراعة ، وألحق بهما في تكملة حاشية ابن عابدين صور أخرى [(١)].

وأما الشافعية فقد اختلفوا في الصور المستثناة ، فذهب النووي[(٢)]

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥ ٨٨ . بدائع الصنائع ٦ ٣٣١ ، فتح القدير ١٤/٦ ، ١٥ ، اللباب ٢٣/٢ ، رد المحتار ٤ ٥٠٤ .

(٢) هو شيخ الإسلام أبو زكريا يحى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين الشافعي النووي الدمشقي . من كبار فقهاء الشافعية . قال الذهبي : لزم الاشتغال ليلاً ونهاراً نحو عشرين سنة حتى فاق الأقران . وتقدم على جميع الطلبة . له تآليف كثيرة ، منها : المجموع ، والأذكار ... توفي سنة ٦٧٦ هـ .

انظر ترجمته في : طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٣٩٥/٨)، شذرات الذهب (٣٥٥/٥).

والرافعي[١] إلى أنه يستثنى من هذا الأصل صورتان : الأولى : إذا أعار أرضاً لدفن ميت فدفن لم يكن له الرجوع ونبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون . والثانية : إذا أعار جداراً لوضع الجذوع .

ولكن غيرهما من فقهاء الشافعية ألحقوا بهاتين الصورتين صوراً كثيرة وحالات عديدة ، بل توسع بعضهم فقال بعد أن أورد صوراً متعددة مستثناة : ويقاس بذلك ما في معناه " [٢].

أما الحنابلة فقد اعتبر العلماء مذهبهم من أوسع المذاهب في ذلك . فقد وضعوا ضابطاً في جواز الرجوع تدخل فيه وتندرج تحته فروع كثيرة ، وهذا الضابط هو المنصوص عليه في أغلب كتبهم . ومنها ما قاله ابن النجار في منتهى الإرادات : " ولا يصح رجوعه في حالة يستضر به مستعير لما فيه من الضرر المنفي شرعاً " [٣]. فالضابط عندهم في رجوع المعير : هو أن لا يترتب على رجوعه ضرر على المعار ، فمتى ما تحقق من وقوع الضرر لزم العقد ولم يجز الرجوع [٤].

وبعد هذا العرض السريع لمذاهب الفقهاء فيما يتعلق بالصور المستثناة والحالات التي يكون العقد فيها لازماً ، فإني سأعرض بشيء من التفصيل ـ بذكر المذاهب وعرض الأدلة ـ لقضيتين اثنتين وصورتين ظاهرتين ، هما من أبرز الصور وأهم الحالات التي تناولها الفقهاء ودار عليها مجمل كلامهم ، وسأقصر البحث هنا

---

(١) هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي ، من أهل قزوين من كبار فقهاء الشافعية . يرجع نسبه إلى رافع بن خديج . من مصنفاته : العزيز شرح الوجيز ، شرح مسند الشافعي . توفي سنة ٦٢٣هـ . انظر ترجمته : فوات الوفيات ١٣/٢ ، الأعلام ١٧٩/٤.

(٢) انظر : روضة الطالبين ٨٣/٤ ـ ٨٤ ، المهذب ١٩٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٢٦/٣ ، نهاية المحتاج ١٣٧/٥.

(٣) ٢٨٩/٢ .

(٤) انظر : الإنصاف ١٠٦/٦ ، المبدع ١٤٠/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٢٨٩/٢ ، كشاف القناع ٨٢/٤.

عليهما دون غيرهما للتعليل السابق ، ولأن الحالات كثيرة يصعب حصرها إن لم يتعذر لا سيما إذا نظرنا إلى مذهب الحنابلة الذي يعد من أوسع المذاهب في هذه الاستثناءات . وهاتان الصورتان هما : الأولى : الرجوع في الأرض المعارة للغراس والبناء ، والثانية : الرجوع في الأرض المعارة للزراعة .

أولاً : الرجوع في الأرض المعارة للبناء والغراس :

من المعلوم أن إعارة الأرض للغراس والبناء تبقى مدة طويلة نظراً لطبيعة العمل فيها لهذين الغرضين ، وما يحتاجه ويتطلبه من أوقات طويلة . فإن بدا لمالك الأرض ـ بعد أن أعار أرضه لآخر ليغرس فيها أو ليبني ـ أن يرجع في عاريته ويخرجه من أرضه التي أعارها إياه ، فهل يثبت له هذا الحق أم لا ؟

ولمعرفة الوجه في مدى استحقاق للرجوع ننظر إن كان رجوعه في أرضه قبل أن يغرس المعار فيها أو يبني فله ذلك.وذلك لأن المعار لا يتضرر بهذا الرجوع والأصل في عقد العارية الجواز كما تقدم ، لذا فإن له أن يرجع في هذه الحالة .

أما إن كان رجوعه بعد أن غرس المعار وبنى فإن المعير حينئذ لا يخلو من حالين :

الأولى : أن يشترط عليه القلع عند رجوعه ، فإن له أن يرجع ويجب على المعار القلع بلا نزاع بين الفقهاء [1]. واستدلوا لقولهم هذا بما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ " المسلمون على شروطهم " [2].

الدليل الثاني : أن المعار دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع [3].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٣١/٦ . فتح القدير ١٤/٦ ، المهذب ١٩٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٢٦/٣، المبدع ١٤٠/٤ . شرح منتهى الإرادات ٢٨٩/٢ ، كشاف القناع ٨٢/٤ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : المهذب ١٩٠/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٢٨٩/٢ .

الثانيه : إن لم يشترط عليه القلع عند رجوعه ، ففيه تفصيل : فإن كانت قيمة الغراس والبناء لا تنقص بالقلع أجبر المعار على القلع ، لأنه أمكن رد العارية من غير إضرار فوجب ردها . أما إن كانت قيمة الغراس والبناء تنقص بالقلع فإنه لا يجب القلع على المعار لمفهوم قوله ﷺ : " ليس لعرق ظالم حق"[١]، فالمعار إنما غرس وبنى بإذن رب الأرض ولم يشترط عليه قلعه ، وعليه ضرر بنقص قيمته بذلك . أما إن اختار المعار القلع فله ذلك ، ويكون بذلك قد أسقط حقه . أما إن لم يختر ذلك فإن المعير يكون حينئذ مخيراً بين أمرين اثنين لا ثالث لهما ، بين بذل قيمة الغراس والبناء للمعار ، وبين ضمان أرش النقص الحاصل بالقلع ، وفيهما مراعاة لكلا العاقدين من غير إضرار بأحدهما [٢].

ثانياً : الرجوع في الأرض المعارة للزراعة :

إذا أعار رجل لآخر أرضاً ، فزرع الأخير فيها ثم بدا للمعير الرجوع ، فهل له أن يرجع في أرضه بعد أن عمل المعار فيها ؟

إن كان المعار لم يزرع بعد فيها فإن للمعير الرجوع ، أما إن كان قد زرع فإن في صحة رجوعه خلافا بين الفقهاء ، على قولين :

القول الأول : لزوم بقاء الزرع في الأرض إلى وقت الحصاد سواء كانت مطلقة أو مقيدة ، فلا رجوع للمعير قبل ذلك .

وهو قول الحنفية في الاستحسان[٣]، والشافعية في الصحيح[٤]،والحنابلة[٥] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ــ كتاب الخراج والإمارة والفيء ــ باب في إحياء الموات (١٧٥/٣).

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣٣١/٦ ، المهذب ١٩٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٢٦/٣ ، نهاية المحتاج ١٣٦/٥ ، ١٣٧ ، المبدع ١٤٠/٤ ، شرح منتهى الإرادات ٢٨٩/٢ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٨٨/٥ . بدائع الصنائع ٣٣١/٦ ، ٣٣٢ ، البحر الرائق ٤٨١/٦ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٨٦/٤ . ٨٧ . مغني المحتاج ٣٣٠/٣ ، حاشية قليوبي ٢٢/٣ .

(٥) انظر : المغني ٣٥١/٧ ، الإنصاف ١٠٦/٦ . كشاف القناع ٨٢/٤ .

جاء في بدائع الصنائع : إذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الأرض أن يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع ، بل ترك في يده إلى وقت الحصاد استحساناً " [١]. وفي الروضة : " فصل : أعار للزرع فزرعها ، فرجع قبل إدراك الزرع .... والثالث وهو الصحيح : لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين . لأن للزرع أمداً بخلاف البناء والغراس ، فعلى هذا يلزم المعير إبقاؤه إلى أوان حصاده " [٢]، وفي المغني :" فإذا زرع لم يملك المعير الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع" [٣].

القول الثاني : للمعير الرجوع ، فيأخذ الأرض من المعار ولو لم يبلغ الزرع الحصاد :

وهو قول الحنفية في القياس [٤].

جاء في البدائع : وفي القياس أن يكون له ذلك كما في البناء والغراس" [٥].

أدلة القول الأول : استدل القائلون بلزوم العارية إلى وقت الحصاد بما يلي:

الدليل الأول : أن النظر إلى الجانبين ورعاية الحقين واجبان عند الإمكان، وذلك ممكن في الزرع ، لأن إدراك الزرع له وقت معلوم [٦].

الدليل الثاني : أن في إعطاء المعير حق الرجوع قبل وقت الحصاد ضرراً على المعار ، والضرر منفي شرعاً " لا ضرر ولا ضرار " [٧].

---

(١) ٦/٣٣١ ، ٣٣٢ .
(٢) ٤/٨٦ .
(٣) ٧/٣٥١ .
(٤) انظر : بدائع الصنائع ٦/٣٣١ ، ٣٣٢ . رد المحتار ٤/٥٠٤ ، البحر الرائق ٦/٤٨١ .
(٥) ٦/٣٣١ ، ٣٣٢ .
(٦) انظر : المبدع ٤/١٣٩ .
(٧) انظر : تبيين الحقائق ٥/٨٨ . بدائع الصنائع ٦/٣٣١ .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن للمعير الرجوع مطلقاً ولو قبل وقت الحصاد : بالقياس على إعارتها للغراس [(١)].

ونوقش هذا القياس : بأنه قياس مع الفارق ، لأن إدراك الزرع له وقتَ معلوم ، ولا يمكن في الغرس والبناء . لأنه ليس لذلك وقت معلوم [(٢)].

الراجح : الأقرب إلى الصواب من هذين القولين هو القول الأول ، وذلك لقوة تعليله ، فإن مراعاة حق طرفي العقد أولى من مراعاة أحدهما دون الآخر ن بل إن مقتضى العدل الذي جاءت به الشريعة ودعت إليه أن يدفع الضرر عن كلا العاقدين ما أمكن . وهنا أمكن وذلك بإعطاء المعير حق الرجوع وقت الحصاد، وانتفاع المستعير من الأرض تلك المدة ويلزمه أن يدفع أجرة المثل إلى المعير إن رجع أثناء المدة . لأن المعير لا يمكن من الرجوع في أثنائها فاستحق أجرة المثل مراعاة لحق كلا العاقدين ، ودفعاً للضرر عنهما .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥/٨٨ . المبدع ٤/١٣٩ ، ١٤٠

(٢) المصادر السابقة .

الباب الثالث

الرجوع في عقد النكاح

وفيه ستة فصول :

الفصل الأول : الرجوع بسبب الإعسار .

الفصل الثاني : الرجوع بسبب العيب .

الفصل الثالث : الرجوع بسبب فقد الزوج .

الفصل الرابع : الرجوع بسبب غياب الزوج .

الفصل الخامس: الآثار المترتبة على الرجوع .

الفصل السادس: الرجوع بالخلع وأثره .

الفصل الأول

الرجوع بسبب الإعسار

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع بسبب الإعسار بالنفقة .

المبحث الثاني : الرجوع بسبب الإعسار بالصداق.

الفصل الأول

الرجوع بسبب الإعسار[١]

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

الرجوع بسبب الإعسار[٢]

---

(١) الإعسار في اللغة : مصدر أعسر ، وهو ضد اليسار ، والعسر : اسم مصدر ، وهو الضيق والشدة والصعوبة ، قال تعالى : ﴿ وإن كان ذوعسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ سورة البقرة آية (٢٨٠)، وقال أيضاً : ﴿ سيجعل الله بعد عسر يسرا﴾ سورة الطلاق آية (٧). والعسرة: قلة ذات اليد ، وكذلك الإعسار .

انظر : لسان العرب مادة (عسر)(٥٦٣/٤).

وفي الاصطلاح : هو عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال أو كسب ، وقيل : هو زيادة خرجه عن دخله. وهما تعريفان متقاربان .

انظر المهذب ١٥٤/٣ . حاشيتي قليوبي وعميرة ٧٠/٤ .

(٢) اختلف الفقهاء في حد الموسر والمعسر في نفقة الزوجة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يرجع لمعرفة حد الموسر والمعسر والمتوسط في نفقة الزوجة إلى العرف والعادة ، ويختلف ذلك باختلاف الزمان والمكان . فمن عده الناس موسراً في عرفهم فهو موسر ، ومن عده الناس متوسطاً في عرف بلدهم فهو متوسط . ومن عده الناس معسراً فهو معسر .

وهو قول الحنفية . ومقتضى مذهب المالكية وقول بعض الشافعية .

القول الثاني : المعسر هو الذي يملك شيئا من المال . لكنه لا يكفي لنفقة زوجته كفاية كاملة ، بل ولا أدنى الكفاية أو يقدر على بعض المال بواسطة الكسب ، لكنه لا يكفي لنفقة زوجته ، بل يكون فيه بعض الكفاية . والمتوسط : من يملك من المال ما يكفيه، ويكفي نفقة زوجته لكننا لو كلفناه بنفقة الموسرين أثر عليه ذلك وصار مسكيناً ، والموسر : من كان لديه من المال ما يكفي نفقة زوجته ولو كلفناه بنفقة الموسرين لم يؤثر عليه ذلك .

وهو قول أكثر الشافعية . وقول بعض الحنابلة . =

لا خلاف بين الفقهاء على أنه لا حق للزوجة في فسخ عقد النكاح لأجل نفقة ماضية تعلقت بذمة زوجها [١]، وإنما الخلاف فيما لو عجز الزوج عن نفقة زوجته الحاضرة أو المستقبلة ، فهل يكون للزوجة الخيار في الفسخ لأجل إعسار زوجها في نفقتها الحاضرة أو المستقبلة :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : للزوجة الخيار بين الصبر على الإعسار ، وبين فسخ النكاح .

وهو قول المالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤].

جاء في الشرح الكبير : " ولها ــ أي الزوجة ــ الفسخ بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة . لا إن علمت عند العقد فقره فليس لها الفسخ"[٥].

= القول الثالث : الموسر هو الذي يقدر على نفقة زوجته بماله أو كسبه ، فيملك من المال ما يكفي لنفقة زوجته وجميع متطلبات الزوجة الواجبة على الزوج .. . والمعسر : هو الذي لا يقدر على نفقة زوجته بماله أو بكسبه ، فلا يملك من المال ما يكفي لنفقة زوجته ، بل يملك ما فيه بعض الكفاية أو أدنى الكفاية .

وهو قول الشيرازي من الشافعية ، والمشهور من مذهب الحنابلة .

والأقرب : أن يرجع إلى العرف والعادة في البلد . وذلك لأن الشارع لم يحدد مفهوم الموسر والمعسر في نفقة الزوجة ، وما شانه ذلك يكون مرجعه إلى العرف . فإن العرف يقيد ما أطلقه الشارع ، ثم القول به يتناسب مع جميع الأزمنة والامكنة .

انظر : فتح القدير ٤ ٣٤٣ . البحر الرائق ٢٩٧/٤ . حاشية ابن عابدين ٥٧٥/٣ . القوانين الفقهية ١٩١، الذخيرة ٤ ٤٦٦ . حاشية الدسوقي ٤٩٥/٣ . روضة الطالبين ٤٨٣/٦ . مغني المحتاج ١٧٨/٥، المبدع ١٨٩/٨ ، الانصاف ٩ ٣٥٥ .

(١) انظر : الفروق ٣ ١٤٥ . الشرح الكبير ٤٩٤/٣ . حاشية الخرشي ١٩٦/٤ ، الوجيز ٦٩/٢، روضة الطالبين ٦ ٤٨٤ . المغنى ٣٦٣/١١ . المحرر ٢ ١١٦ ، الإقناع ١٣٦/٤.

(٢) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ ، الفروق ١٤٥/٣ . الكافي ٥٦٠/٢ . الشرح الكبير ٤٩٤/٣.

(٣) انظر : المهذب ٣ ١٥٤ ، روضة الطالبين ٤٨٠/٦ . الإقناع ٢ ١٩٢.

(٤) انظر : المغني ١١ ٣٦١ . شرح الزركشي ٧/٦ . الكافي ٣٦٧/٣ . الإنصاف ٣٨٣/٩.

(٥) ٤٩٤/٣ .

وجاء في روضة الطالبين: " فإن عجز الزوج عن القيام بمؤن الزوجة الموظفة عليه ، فالذي نص عليه الشافعي قديماً وجديداً أنها بالخيار إن شاءت صبرت وأنفقت من مالها أو اقترضت وأنفقت على نفسها ، ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر ، وإن شاءت طلبت فسخ النكاح "[١]، وجاء في الإنصاف :" وإذا أعسر الزوج بنفقتها أو ببعضها ... خيرت بين فسخ النكاح والمقام ، وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب "[٢].

القول الثاني : ليس للمرأة الخيار في الفسخ بسبب الإعسار ، وعلى الزوج أن يستقرض لها النفقة ، أو تستدين هي عليه ، أو يخلي سبيلها لتكتسب وتحصل على النفقة .

وهو قول الحنفية [٣]، والمزنى من الشافعية [٤]. واحتمال عند الحنابلة [٥]، وقول الظاهرية [٦].

جاء في تبيين الحقائق :" ولا يفرق بعجزه عن النفقة ، وتؤمر بالاستدانة عليه"[٧]، وجاء في مغني المحتاج : "والقول الثاني : المنع ، وهو قول المزني" [٨]، وجاء في المبدع : "وعنه : ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالإعسار "[٩]. وجاء

---

(١) ٤٨٠/٦ .

(٢) ٣٨٣/٩.

(٣) انظر : المبسوط ١٨٧/٥ ، الاختيار شرح المختار ٢٤٢/٢ ، تبيين الحقائق ٥٤/٣ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٤٨٠/٦ ، مغني المحتاج ٧٦/٥.

(٥) انظر : المبدع ٢٠٨/٨ ، الانصاف ٣٨٤/٩ . المحرر ١١٦/٢.

(٦) انظر : المحلى ٢٦١/١٠.

(٧) ٥٤/٣.

(٨) ٧٦/٥.

(٩) ٢٠٨/٨.

في المحلى : وبرهان صحة قولنا ـ بأنه ليس لها الخيار في فسخ النكاح ـ قوله تعالى: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته﴾ (١) (٢).

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن للمرأة الرجوع عن العقد والمطالبة بفسخه بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان...﴾ (٣).

وجه الدلالة :

أن الآية الكريمة بينت أن للزوج في حق زوجته أحد الأمرين : إما أن يمسك زوجته بالمعروف ، وذلك بالإنفاق عليها وحسن المعاشرة وعدم الإضرار بها، وإما يتركها ويخلي سبيلها . وقد تعذر الإمساك بالمعروف عند إعسار الزوج في نفقة زوجته فتعين التسريح بإحسان ، وهو الفرقة بينهما (٤).

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه (٥):

الأول : أن الإمساك بالمعروف لم يتعذر عند إعسار الزوج بالنفقة ، بل الإمساك بالمعروف في هذه الحالة أن يلتزم الزوج النفقة دينا في الذمة ، لأن هذا هو غاية وسعه ومقدرته . وكل واحد مخاطب بما عنده لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ (٦) . وليس للزوج هنا القدرة إلا على الالتزام في الذمة، فيستقرض النفقة لزوجته أو ينفق عليها أحد أقاربها . ويطالب بها الزوج عند يساره .

---

(١) سورة الطلاق :آية (٧).

(٢) ٢٦١/١٠.

(٣) سورة البقرة آية (٢٢٩)

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٥٤/٣ . الفروق ٣ ١٤٦ . المغني ٣٦١/١١.

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٥٤/٣ . الإقناع ٢ ١٩٢

(٦) سورة البقرة : آية (٢٨٠).

الثاني : أن هذا التوجيه للآية ينطبق على الموسر الممتنع عن النفقة ، أما المعسر فلا يعد خارجاً عن حد المعروف .

الثالث : أن ظاهر الآية يفيد أن التسريح يكون من قبل الزوج ، ومعلوم أن الفرقة الصادرة من الزوج طلاق ، والطلاق بيد الزوج لا بيد الزوجة ، فلا يصح أن يقال للتسريح هنا بأنه فسخ [١].

وأجيب على هذه المناقشة : بما قاله ابن العربي في أحكام القرآن : "حكم الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها ، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها "[٢].

الدليل الثاني :

عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : " خير الصدقة ما كان عن ظهر غني ، واليد العليا خير من اليد السفلى . وابدأ بمن تعول ، ففيل : من أعول يارسول الله ، فقال : امرأتك ممن تعول . تقول : أطعمني وإلا فارقني ... قال : يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ؟ قال : لا ، هذا من كيس أبي هريرة"[٣] [٤].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥٤/٣ . الإقناع للشربيني ٢ ١٩٢ .

(٢) ٢٠٠/١ .

(٣) قال الحافظ ابن حجر ـ رحمه الله ـ في بيان معنى قوله : هذا من كيس أبي هريرة : قوله " هذا من كيسي" بكسر الكاف للأكثر : أي من حاصله . إشارة إلى أنه من استنباطه مما فهمه من الحديث المرفوع مع الواقع، ووقع في رواية الأصيلي بفتح الكاف أي من فطنته " . انظر : فتح الباري ٤١١/٩.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ـ كتاب النفقات ـ . ـ باب وجوب النفقة على الأهل والعيال (٤١٠/٩) ، والدار قطني في السنن ـ كتاب النكاح ـ باب المهر ـ (٢٩٥/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب النفقات ـ باب الرجل لا يجد نفقة امرأته (٤٧٠/٧ ، ٤٧١). =

وجه الدلالة :

دل الحديث على أن الزوج إذا أعسر بنفقة امرأته واختارت فراقه فرق بينهما "، فالحديث حكاية عن المرأة وقد أقر ذلك ، فدل على أنه يشرع للمرأة طلب الفرقة عند إعسار زوجها بالنفقة ، وهي سنة تقريرية [1].

نوقش هذا الاستدلال من وجوه :

الأول : أن قوله " امرأتك تقول : أطعمني ... " ليس من كلام النبي ﷺ، وإنما هو من قول أبي هريرة ، كما صرح بذلك أبو هريرة عندما سئل فقيل له : سمعت هذا من رسول الله ، فقال : لا ، هذا من كيس أبي هريرة ، فثبت بذلك أن هذه الزيادة موقوفة على أبي هريرة بلا شبهة ، وليست مرفوعة .

الثاني : أن الحديث لا دلالة فيه على أن الزوج ملزم بالطلاق ، وكيف وهو كلام عام لا يخص المعسر أو الموسر .

الثالث : لو سلمنا بصحة ذلك لكان ذلك من باب الإرشاد لا الوجوب كقوله ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾[2] فهذا للإرشاد لا للوجوب .

الرابع : على تقدير صحة رفع هذه الزيادة ، فإن الحديث ليس فيه إلا حكاية قول المرأة : أطعمني أو فارقني ؛ وليس فيه دلالة على أن الفراق واجب

= واختلف علماء الحديث في قوله : امرأتك تقول : أطعمني وإلا فارقني .." ، فرواه الدار قطني مرفوعا ، ورواه البيهقي مرة مرفوعا ومرة موقوفاً على أبي هريرة ، ورواه البخاري في صحيحه موقوفاً على أبي هريرة . فمن العلماء من رجح رفعه . ورجح آخرون ـ منهم الحافظ ـ إلى أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة اسنادا الى رواية البخاري ، وهذا أظهر .

انظر : فتح الباري ٤١٠/٩ . ٤١١ . التعليق المغني على سنن الدار قطني ٢٩٥/٣ . إرواء الغليل ١٣٦/٣

(١) انظر : الفروق ١٤٦/٣ ، الاشراف ٢ ١٧٧ ، شرح الزركشي ٧/٦.

(٢) سورة البقرة آية (٢٨٢)

عليه إذا طلبت ذلك .

الخامس: لو سلمنا بصحة رفع هذه الزيادة ، فإن الحديث وارد فيمن لا ينفق على زوجته ولديه قدرة على النفقة ، فالحديث عن الغني القادر الممتنع عن النفقة وليس عن المعسر .

فالحديث دلالته ليست قاطعة على إجازة التفريق لما تقدم[١].

الدليل الثالث :

عن أبي هريرة ﵁ أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته : يفرق بينهما " [٢].

وجه الدلالة في هذا الحديث ظاهر ، فقد بين الحكم في حال إعسار الزوج بنفقة زوجته ، وهو التفريق بينهما [٣].

يناقش : بأن هذا الحديث موقوف ، فليس من كلام النبي ﷺ : " يفرق بينهما" ، وإنما هو من كلام أبي هريرة [٤].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥٤/٣ . ٥٥ . السابة ٤ ٨٧٣ . الجوهر النقي ٤٧١/٧.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن ـ كتاب النكاح ـ باب المهر ـ (٢٩٧/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب النفقات ـ باب الرجل لا يجد نفقة امرأته (٤٧٠/٧).

(٣) انظر : فتح القدير ٣٥٠/٤ . المهذب ٣ ١٥٤.

(٤) الحديث رفعه البيهقي وابن الجوزي اعتماداً منهم على سياق الدارقطني ، وذلك أنه روى الدارقطني بسنده عن أبي هريرة مرفوعا " المرأة تقول لزوجها أطعمني أو طلقني .. " ثم روى بسنده عن سعيد بن المسيب أنه قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما . ثم أخرج الدارقطني بسنده " عن أبي هريرة عن النبي بمثله " فظن البيهقي وابن الجوزي أن المراد بمثله هو رواية سعيد بن المسيب ، فيكون المعنى أن النبي قال في الرجل .... وليس كذلك ، بل المراد بقوله في الحديث بمثله هو رواية أبي هريرة الأولى . والتي جاءت بلفظ "المرأة تقول لزوجها " ونسبة لفظة سعيد الى النبي مرفوعا خطأ بين نص على ذلك الحافظ ابن حجر وابن القيم وغيرهما، قال الحافظ في التلخيص الحبير ٤ ٨ . " ظن الدارقطني لما نقله من كتاب حماد=

الدليل الرابع :

ما رواه ابن عمر : أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم إما أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا "[١].

وجه الدلالة :

أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في محضر من الصحابة ، ولم يخالفه منهم أحد، بأن أمر الأجناد الغائبين عن زوجاتهم أن ينفقوا عليهن ، فإن لم ينفقوا عليهن — سواء كانت لديهم قدرة على نفقتهن أو لم تكن لديهم القدرة على ذلك — فقد أمرهم في هذه الحال أن يطلقوهن ويبعثوا بالنفقة الماضية [٢].

نوقش هذا الدليل من وجهين :

الأول : أنه لا حجة في هذا الأثر ، لأن عمر لم يخاطب بذلك إلا الأغنياء القادرين على النفقة ، وليس فيه ذكر حكم المعسر بالنفقة ، بدليل أمره بأن يرسلوا النفقة الماضية إذا طلقوا نساءهم ، والمعسر لا مال عنده ، فكيف يؤمر بإرسال النفقة [٣]؟

= ابن سلمة . أن قوله " مثله " يعود على لفظ سعيد بن المسيب . وليس كذلك ، وإنما يعود على حديث أبي هريرة ".

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ـ كتاب الطلاق ـ باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ـ (٩٣/٧ ، ٩٤) . وابن أبي شيبة في مصنفه ـ كتاب الطلاق ـ باب من قال على الغائب نفقة فإن بعث وإلا طلق . (٢١٤/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب النفقات ـ باب الرجل لا يجد نفقة امرأته (٥٦٩/٧) .

(٢) انظر : الكافي ٣٦٧/٣ ، المحلى ٢٥٦/١٠.

(٣) انظر : المبسوط ١٩١/٥ ، الجوهر النقي ٣٦٩/٧.

أجيب : بأن ما روي عن عمر لا يمكن حمله إلا على أنهم كانوا معسرين بالنفقة ، إذ لو كانوا موسرين بها لما أمر الجنود بالإنفاق أو الطلاق ، لأن الامتناع عن أداء النفقة مع اليسار لا يسوغ للمرأة حق الفسخ ، وإنما تأخذ من ماله إن كان له مال حاضر ، كما في قصة هند ، أو يجبره الحكم على بعث النفقة [١].

ورد على هذا الجواب : بأنه بعث إلى أمراء الأجناد في رجال ما كانوا عاجزين عن الإنفاق ، فكما هو معروف بأن نفقة عيال من هو في الجندية من بيت المال ، والإمام هو الذي يوصل ذلك إليهم . ولكنه خاف عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن ، فأمروا ببعث نفقة ما مضى لتطيب بها قلوبهن [٢].

الثاني : أنه قد صح عن عمر إسقاط نفقة الزوجة عن الزوج بإعساره ، فكيف يرى عمر التفريق بين الزوجين لأجل إعسار الزوج بنفقة زوجته [٣].؟

وعلى هذا يكون المراد بالأثر بيان حكم الغائب عن الزوجة والذي قطع النفقة عن زوجته ، وأنه يؤمر بالإنفاق أو الطلاق . وليس في بيان حكم المعسر.

الدليل الخامس :

ما رواه أبو الزناد ، قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : " يفرق بينهما " ، قال أبو الزناد : قلت : سنة ؟ فقال سعيد : سنة " [٤].

---

(١) انظر : المغني ١١/٣٦١ . المحلى ١٠/٢٥٦ .

(٢) انظر : المبسوط ٥/١٩١ .

(٣) انظر : المحلى ١٠/٢٥٦

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ـ كتاب الطلاق ـ باب لا يجد ما ينفق على امرأته (٧/٢٩٦)، وابن أبي شيبة في المصنف ـ كتاب الطلاق ـ باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته يجبر على أن يطلق امرأته أم لا (٥/ ٢١٣ ، ٢١٤) . والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب النفقات ـ باب الرجل لا يجد نفقة امرأته (٧/٤٦٩ ، ٤٧٠).

وجه الدلالة من هذا الأثر :

بأن ما نسبه سعيد إلى السنة ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ، لأن الظاهر من لفظ السنة أنها سنة رسول الله ﷺ فيكون هذا الأثر في حكم المرفوع ، وهو ظاهر الدلالة على التفريق بين الزوجين عند عدم النفقة [١].

نوقش هذا الدليل من وجوه :

الأول : ما ذكره ابن حزم : بأنه قد صح عن سعيد بن المسيب قولان فيمن أعسر بنفقة زوجته :

أحدهما : يجبر على مفارقتها ، فقد قال : " إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته أجبر على طلاقها ".

والثاني : يفرق بينهما . وكلا القولين مختلف [٢].

يجاب عنه : أنه لا خلاف بين القولين ولا تعارض بينهما ، فإن الزوج مخير بين إنفاقه على امرأته وبين طلاقه لها ، فإذا امتنع عنهما ولا مال له يمكن أن تنفق منه أجبر على طلاقها ، فالجبر على الطلاق يكون في حال الامتناع عن الطلاق والعجز عن الإنفاق . وأما التخيير فيكون ابتداء عند طلبها التفريق منه بسبب إعساره فيخيره القاضي بين الإنفاق والطلاق . فإذا امتنع أجبره القاضي على الطلاق.

الثاني : لا نسلم بأن المراد بالسنة سنة الرسول ﷺ ، فإن السنة تطلق على سنة الرسول وعلى سنة الخلفاء ومن بعدهم من الصحابة ، ولم يصرح سعيد ـ مع

---

(١) انظر : مغني المحتاج ١٧٦/٥ . المبدع ٢٠٧/٨ .

(٢) انظر : المحلى ٢٥٨/٨ .

هذا الاحتمال ـ بأنها سنة الرسول ﷺ . ثم إن سعيداً تابعي فيغلب على الظن أنه يعني سنة بعض الصحابة المتأخرين [١].

يجاب عنه : بأن السنة عند الإطلاق تنصرف إلى سنة الرسول ﷺ . ولا يلتفت إلى هذه الاحتمالات الضعيفة .

الثالث : لو سلمنا أن المراد بقول سعيد : سنة ، سنة الرسول ﷺ ، فإن غايته أنه مرسل ، والمرسل ليس بحجة [٢].

يجاب عنه : أن مراسيل سعيد معمول بها، لأنه لا يرسل إلا عن ثقة ، وقد وصف الحافظ ابن حجر هذا الأثر بأنه مرسل قوي [٣].

الدليل السادس :

أنه إذا ثبت الفسخ للزوجة بعجز زوجها عن الوطء ـ والضرر فيه أقل ـ فلأن يثبت لها حق الفسخ بعجزه عن النفقة ـ والضرر فيها أكثر ـ أولى . ذلك لأن الوطء يمكن الصبر عليه . والفرقة فيه جاءت لأجل اللذة والشهوة ويمكن الصبر عنهما ، ويقوم البدن بدونهما ، بخلاف النفقة فإنه لا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها ، فإذا كان فقد الوطء والعجز عنه يجيز طلب الفرقة فمن باب أولى جوازها لأجل فقد النفقة [٤].

نوقش هذا الدليل من وجهين [٥]:

الأول : قياس العجز عن النفقة على العجز عن الوطء في العنين والمجبوب قياس مع الفارق ، لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال ، وهو تابع في باب

---

(١) انظر : البناية ٨٧٢/٤ . المحلى ٢٥٨/١٠ .

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) انظر : بلوغ المرام ٢٤٢ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٣ ٥٤ . المهذب ١٥٤/٣ . المغني ٣٦٢/١١ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٣ ٥٥ . البناية ٨٧٢/٤.

النكاح ، والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب أو العنة عجز عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل . فالنكاح هو الأصل في هذا الباب، والنفقة تبع له. فلا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن النكاح جوازها بالعجز عن التابع وهو النفقة.

الثاني : أن النفقة لا تفوت عند عجز الزوج عنها ، بل تتأخر وتبقى ديناً في ذمته ويمكن تداركها ، فلا تكون معارضة لإبطال حق الزوج ، بينما في الجب والعنه لا يمكن ذلك ، فتعارض الحقان ــ حق الزوج في الملك . وحق الزوجة في الاستمتاع ــ فرجح جانب حق الزوجة . لأنه أصدق لفوات المقصود الأصلي من النكاح فيلحقها الضرر بذلك .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن المرأة ليس لها حق الرجوع عن العقد والمطالبة بالفسخ بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾[١].

وجه الدلالة :

دلت الآية الكريمة على أن المعسر ينظر إلى حين يساره . وهي عامة يدخل تحتها كل معسر ، والزوج إذا عجز عن نفقة زوجته يكون معسراً ، فغاية النفقة أن تكون دينا في الذمة وقد أعسر بها الزوج . فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص[٢].

---

(١) سورة البقرة آية (٢٨٠).

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٥٤/٣ ، مغني المحتاج ١٧٦/٥، المحلى ٢٦١/١٠.

نوقش : لو سلمنا بأنها عامة في هذه القضية وغيرهـا ، فإن إنظار الـزوج حتى اليسار فيه ضرر علـى الزوجـة ، لأن إعسـاره قـد يطـول ، والنفقـة حـق مـن حقوقها ، فتختار الأرفق بها ، إما البقاء وإما الفسخ [١].

ويجاب عن هذه المناقشة : بأن رفع الضرر عن المرأة بسـبب عجـزه عـن النفقة يمكن بدون التفريق بينهما ، وذلك بأن يستقرض لها الزوج ، ويكون ديناً في ذمته ، أو يرفع يده عنها ويتركها تكتسب وتنفق على نفسها .

الدليل الثاني :

قوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته﴾ [٢].

وجه الدلالة :

أن الآية الكريمة بينت أن من لم يقـدر علـى نفقـة زوجتـه فإنـه غـير مكلـف بالإنفاق في هذه الحال ، وإذا كان غير مكلف به لم يجز التفريـق بينـه وبـين زوجتـه لعجزه عن نفقتها . ومما يؤيد ذلك قوله ﴿ سيجعل الله بعـد عسـر يسـرا﴾[٣] فـإن فيه إشارة إلى أنه لا يفرق بين الزوجين لأجل الإعسار بالنفقة ، لأن المعسر يرجى له اليسار "[٤].

نوقش : أنه لا دلالة في الآية مطلقاً على أنه ليس لزوجة المعسر حق طلـب التفريق ، وغاية ما فيها هو السكوت عن ذلك ، فلم تتعرض لا للتفريق ولا لمنعه ، وإنما دلت على رفـع التكليـف بمـا ليـس في الوسـع ، ونحـن لم نكلفـه النفقـة حـال

---

(١) انظر : الجامع للقرطبي ٣/٣٧١ ، الفروق ٣/١٤٥ ، ١٤٦.

(٢) سورة الطلاق آية (٧).

(٣) سورة الطلاق الآية (٧) .

(٤) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٣/٤٦٤ ، المحلى ١٠/٢٦١ ، زاد المعاد ٥/٥١٨.

إعساره ، بل دفعنا الضرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتذهب تطلب لنفسها الرزق بالتكسب أو تتزوج رجلا يقوم بالإنفاق عليها [١].

يجاب عن هذه المناقشة : أن إيجاب التفريق إضرار بالزوج أيضاً ، فلا يدفع ضرر بضرر إلا إذا كان الضرر الدافع أخف من الضرر المدفوع، وهناك طريق لدفع الضرر أصلاً ، وهي الاستدانة على ذمة الزوج ، فلا يتعين الأول طريقاً لدفع الضرر ، فهناك غير ما ذكر طرق يمكن بها دفع الضرر الواقع على الزوجة .

الدليل الثالث :

أن أبا بكر وعمر ﷺ قد ضربا ابنتيهما ـ عائشة وحفصة ـ بحضرة الرسول ﷺ إذ سألاه نفقة لا يجدها [٢]، ومن المحال أن يضرب أبو بكر وعمر طالبتين للحق ويقرهما الرسول ﷺ على ذلك ، فدل ذلك على أنه لا حق لهما فيما طلبتاه من النفقة حال الإعسار ، وإذا كان طلبهما لما باطلا ، فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه ولا يحل لها [٣].

نوقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه [٤]:

الأول : أن زجر أبي بكر وعمر لابنتيهما عن مطالبة النبي ﷺ بما ليس عنده من النفقة لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الإعسار ، وليس في الحديث أنهما طلبتا الفرقة ولم يجبهما إليها ، ولكن تودان البقاء معه ودوام عشرته على الدنيا كلها بدليل أنه خيرهما بعد ذلك فاخترتاه .

---

(١) انظر : تكملة المجموع ٢٦٩/١٨.

(٢) وهذه القصة من رواية جابر بن عبد الله ـ أخرجه مسلم ـ كتاب الطلاق ـ باب : بيان أن تخييره امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية (١٠ ١٨٠ . ١٨١).

(٣) انظر : المحلى ٢٥٧/١٠ . زاد المعاد ٥ ٥١٩.

(٤) انظر : المحلى ٢٥٧/١٠ ، سبل السلام ٤٦٠/٣. نيل الأوطار ٣٤٥/٧.

الثاني : أن أزواجه لم يعدمن النفقة بالكلية ، لأنه استعاذ من الفقر المدقع ، وإنما كانت مطالبتهن فيما زاد على نفقة المعسر ، فلا يكون في الحديث ما يمنع من جواز مطالبة المرأة بالتفريق من زوجها إذا عجز عما به قوام بدنها .

الثالث : أن إقراره لأبي بكر وعمر على ضربهما فلما علم من أن للآباء تأديب الأبناء إذا أتوا مالا ينبغي إتيانه .

الدليل الرابع :

أن الصحابة لم يزل فيهم الموسر والمعسر ، وكان معسروهم أضعاف أضعاف موسريهم ، فما مكن النبي ﷺ قط امرأة واحدة من الفسخ بإعسار زوجها، ولا أعلمها أن الفسخ حق لها . فإن شاءت صبرت وإن شاءت فسخت ، وهو يشرع الأحكام عن الله بأمره ، فلو كان من المستقر في شرعه أن المرأة تملك الفسخ بإعسار زوجها لرفع إليه ولو امرأة واحدة [١].

الدليل الخامس :

قياس الإعسار بالنفقة الحاضرة والمستقبلية على النفقة الماضية ، فإنه لا يفرق بين الزوجين إذا أعسر الزوج بالنفقة الماضية إجماعاً ، فكذا الشأن في العجز عن النفقة الحاضرة والمستقبلية [٢].

الدليل السادس :

أن في التفريق لعدم النفقة إبطالا لحق الزوج ، على حين أن في ترك التفريق تأخير حق الزوجة في النفقة لكونها تصير دينا في ذمة الزوج ، فضرر إبطال حق

---

(١) انظر . زاد المعاد ٥١٩/٥ . سبل السلام ٤٥٩.٣.

(٢) انظر : الفروق ١٤٥٠٣.

الزوج أعظم من ضرر تأخير حق الزوجة ، ومقتضى قواعد الشريعة أنه إذا تعارضت مفسدتان روعيت أشدهما بارتكاب أخفهما [١].

الدليل السابع :

البراءة الأصلية . فإنه لم يرد في الكتاب ولا في السنة دليل صريح على جواز التفريق لعدم الإنفاق على الزوجة بسبب الإعسار ، في حين أن عصمة الزوج لزوجته ثبتت بالإجماع ، فلا ينحل إلا بالإجماع أو بدليل من الكتاب أو السنة [٢].

نوقش : بعدم التسليم بأنه لا دليل من الكتاب والسنة على جواز التفريق بسبب الإعسار ، بل دلت الآية على ذلك وهي قوله : " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " والإمساك على الجوع والعري ليس من المعروف فيتعين التسريح[٣].

الدليل الثامن :

قياس الإعسار بنفقة الزوجة على الإعسار بالدين . فإن غاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة فكانت المرأة مأمورة بالإنظار كما أن الدائن ملزم بالإمهال إذا أعسر المدين ، بل إن إنظاره في النكاح أولى . لأن في الفسخ إبطالا لحق الزوج بالكلية ، وفي إلزامها بالإنظار والاستدانة عليه تأخيراً لحقها فيصير دينا عليه[٤].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥٤/٣ .

(٢) انظر : تهذيب الفروق للشيخ محمد علي ١٨٢/٣ .

(٣) انظر : المصدر السابق .

(٤) انظر : المبدع ٤٠٨/٨.

نوقش : بأنه قياس مع الفارق ، فإن إنظار الدائن المدين إنظار لدين سابق، أما إنظار الزوجة لزوجها فهو إنظار لنفقة لم تحل بعد ، ولا أحد يقول بإلزام الإنسان أن يقرض المعسر ثم ينظره [1].

الراجح :

بدا واضحاً من خلال هذا العرض صعوبة الترجيح بين هذين القولين ، غير أنني أميل للأخذ بالقول الثاني . وذلك لأمرين اثنين : أحدهما : أن الفرقة خلاف الأصل ، بل مقتضى عقد النكاح دوام العشرة بين الزوجين ، وهو مطلوب لدى الشارع ، ولم يوجد دليل قوي للخروج عن هذا الأصل . والثاني : أن المفسدة التي تلحق الزوج في الفرقة أعظم من المفسدة التي تلحق الزوجة في عدمها ، وإذا كان الأمر كذلك فإن مراعاة جانب الزوج أقرب إلى العدل ، ثم إن الفرقة لا تتعين طريقاً لدفع الضرر عن المرأة . فهناك طرق أخرى يمكن من خلالها دفع هذا الضرر ، ومن ذلك : أن تستدين على ذمة الزوج . لتحصل بذلك على حاجاتها ومتطلباتها ؛ فإذا أمكن دفع الضرر بغير الفرقة تعين الأخذ به ، لما في الفرقة من ضرر يلحق بالزوج ، هذا إن لم يكن بينهما أبناء ، أما إن كان بينهما أبناء فلا شك أن المنع من الفرقة أولى . لأنه يترتب على القول بالفرقة ضرر على الأبناء ؛ وربما أدى ذلك إلى ضياعهم وانتكاستهم . والواقع يشهد لهذا ويصدقه .

---

(١) انظر : سبل السلام ٤٥٩/٣.

المبحث الثاني

الرجوع بسبب الإعسار بالصداق[١]

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

الرجوع بسبب الإعسار بالصداق قبل الدخول

إذا أعسر الزوج بصداق زوجته المؤجل ، وكان ذلك قبل الدخول، فلا خلاف في أنه لا خيار للزوجة في فسخ النكاح والرجوع عنه ، لأنها بالتأجيل رضيت بإسقاط حق نفسها فلا يسقط حق الزوج ، ولأن رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه [٢].

أما إذا أعسر الزوج بالصداق المعجل قبل الدخول ، فأرادت الزوجة الرجوع عن العقد ، وطالبت بالفسخ ، فإن الفقهاء قد اختلفوا في خيار الزوجة في فسخ النكاح في هذه الحالة على قولين :

القول الأول : ليس للزوجة الخيار في فسخ النكاح ، ويكون صداقها ديناً في ذمة الزوج تطلبه إذا أيسر ، ولها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى يعطيها ما حل من صداقها .

---

(١) الصداق في اللغة : من أصدق المرأة حين نزوجها أي جعل لها صداقاً ، والصَّدُقة ـ بضم الدال ـ مهر المرأة ، وجمع الصَّدُقة صَدُقات ، قال تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ .
انظر : لسان العرب مادة (صدق) (٢٤٢٠/٤) ، تاج العروس مادة (صدق) (١٢.٢٦).
وفي الاصطلاح : عوض يسمى في النكاح أو بعده .
انظر : الشرح الصغير (٢٠٥/٣)، كفاية الأخيار (١١١/٢)، حاشية ابن قاسم (٣٦٣/٦).

(٢) انظر : المبسوط ١٩١/٥ . حاشية الدسوقى ٥ ١٤٠ . مواهب الجليل ٥ ١٨١ . الحاوي ٤٦١/١١، روضة الطالبين ٤٨٣/٦، المبدع ١٧٧/٧ ، الإنصاف ٣١٣،٨ .

وهو المفهوم من كلام الحنفية ـ حيث جعلوا لها الحق في الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض الصداق ـ [١]، واختيار ابن حامد[٢] من الحنابلة [٣].

جاء في تبيين الحقائق : " وأما إذا نصا على تعجيل جميع المهر فهو على ما شرطا حتى كان لها أن تحبس نفسها إلى أن تستوفي كله إذا شرط تعجيله كله "[٤].

وجاء في المغني : وأجاز ابن حامد أنه لا فسخ لها "[٥].

القول الثاني : للزوجة الخيار في فسخ النكاح إذا أعسر زوجها بصداقها المعجل .

وهو قول المالكية [٦]، والشافعية [٧]، والحنابلة [٨].

جاء في الذخيرة : " للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها قبل البناء ، فإن أعسر قبل البناء ضربت له الأيام أجلاً بعد أجل بحسب ما يرجى من حاله . فإن لم يقدر فرق بينهما وإن أنفق عليها " [٩]، وجاء في المهذب : وإذا أعسر الرجل

---

(١) انظر : المبسوط ١٩١/٥ ، تبيين الحقائق ١٥٦/٣ .

(٢) هو أبو عبد الله الحسن بن حامد بن علي البغدادي الوراق . شيخ الحنابلة وفقيههم . وهو أكبر تلامذة أبي بكر غلام الخلال . له مصنفات ، منها : الجامع في المذهب ، شرح الخرقي . وشرح أصول الدين . توفي سنة ٤٠٣هـ . انظر ترجمته : طبقات الحنابلة (١٧١/٢) . شذرات الذهب (١٦٦/٣).

(٣) انظر : المغني ١٧٢/١٠ ، الفروع ٢٩١/٥ . الإنصاف ٣١٣/٨.

(٤) ١٥٦/٣.

(٥) ١٧٢/١٠.

(٦) انظر : المدونة ٢٥٣/٢، الكافي ٥٦٠/٢، الذخيرة ٣٧٣/٤ .

(٧) انظر : المهذب ٤٧١/٢ ، الإقناع ١٩٣/٢ . منهاج الطالبين ١٠٩ .

(٨) انظر : المغني ١٧٢/١٠ ، المحرر ٣٨/٢ ، الانصاف ٣١٣/٨.

(٩) ٣٧٣/٤.

بالمهر ، فإن كان قبل الدخول ثبت الفسخ "[١]، وجاء في المغني : وإن أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ "[٢].

أدلة القول الأول:

استدل القائلون : بأن الزوجة لا خيار لها في فسخ عقد النكاح إذا أعسر زوجها بصداقها قبل الدخول بما يلي :

الدليل الأول :

أن الصداق ليس هو المقصود في النكاح ، بدليل أنه لا يفسد بفساده ، ولا يفسد بترك تسميته ، فيكون المال زائداً أو تبعاً ، والعجز عن التبع لا يكون سبباً لرفع الأصل [٣].

يناقش : بأن الصداق وإن لم يكن هو المقصود من النكاح أصلاً ، إلا أن نصوص الكتاب والسنة حثت عليه وعلى وجوده في النكاح ولو بأقل القليل، فقد جاء في الحديث " التمس ولو خاتماً من حديد" [٤]. وهذا كله يدل على عظيم أثره في النكاح .

الدليل الثاني :

أن المهر دين ، فلم يفسخ النكاح للإعسار به ، قياساً على النفقة الماضية للزوجة ، فكما أنه لا يفسخ النكاح للإعسار بنفقة الزوجة الماضية ، فكذلك

---

(١) ٤٧١/٢.

(٢) ١٠ /١٧٢.

(٣) انظر : المبسوط ١٩١/٥.

(٤) جزء من حديث طويل أخرجه البخاري ـ كتاب النكاح ـ باب النظر إلى المرأة قبل التزويج (٨٦/٩ ، ٨٧) ، ومسلم ـ كتاب النكاح ـ باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد (٢١١/٩).

الإعسار بمهر الزوجة بجامع أن كليهما دين [١].

يناقش : أن المهر وإن كان دينا في ذمة الزوج إلا أن الزوجة تتضرر بمثل هذا العقد من النكاح ، والشريعة جاءت برفع الضرر وإزالته ، ومن جهة أخرى فإن الإعسار بالمهر ضرر متحقق وواقع ، أما النفقة الماضية فالضرر فيها أخف .

الدليل الثالث :

أن تأخير الصداق ليس فيه ضرر متحقق ، فأشبه إعسار الزوج بنفقة خادم الزوجة ، فإنه ليس للزوجة الخيار في فسخ النكاح في هذه الحالة ، فكذلك في الإعسار بالصداق بجامع عدم الضرر في كليهما [٢].

يناقش : بأن قياس الإعسار بالمهر على الإعسار بنفقة الخادم قياس مع الفارق، ذلك لأن وجود الخادم للزوجة ليس مما وقع عليه العقد ، كما أن حكم الأصل مختلف فيه ، فالعلماء مختلفون في جواز فسخ النكاح للإعسار بنفقة الخادم. ومن شرط صحة القياس أن يكون حكم الأصل المقيس عليه متفقاً عليه .

الدليل الرابع :

البراءة الأصلية ، حيث لا دليل على إعطاء المرأة خيار الفسخ عند إعسار زوجها بصداقها [٣].

يناقش : بأنه وإن لم يكن منصوصاً عليه : إلا أنه مفهوم من النصوص الدالة على رفع الحرج ونفي الضرر .

---

(١) انظر : المبدع ٧/١٧٧ ، حاشية ابن قاسم ٦ ٤٠٢ .

(٢) انظر : تكملة المجموع ١٦ ٣٧٩.

(٣) انظر : الشرح الكبير ٤/٣٣٦.

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بإعطاء الزوجة الخيار في فسخ النكاح بإعسار الزوج بالصداق المعجل بما يلي :

الدليل الأول:

قياس إعسار الزوج بصداق الزوجة قبل الدخول على إعسار المشتري بثمن المبيع قبل تسلمه ، بجامع أن كليهما عقد معاوضة ، فكما أنه يحق للبائع فسخ البيع إذا أعسر المشتري بالثمن ، فكذلك يحق للزوجة فسخ عقد النكاح إذا أعسر الزوج بالصداق [١].

نوقش : بأن قياس الصداق على ثمن المبيع لا يصح ، لأن الثمن في المبيع مقصود البائع والعادة تعجيله . والصداق فضلة ونحلة ، وليس هو المقصود من النكاح ، ولذا لا يفسد النكاح بفساده ، ولا بترك تسميته [٢].

وأجاب شيخ الإسلام ابن تيمية على هذه المناقشة فقال : " إن موجب الأصول وقياسها أن لها الخيار في الفسخ إذا لم يسلم لها الصداق المشروط ، لأنها لم ترض بذلك ، فكيف تجبر على إرقاق نفسها بغير ما رضيت به ، وهي لا تجبر في البيع والإجارة على بذل المال والمنفعة إلا بما رضيت به ، وكيف تجبر في النكاح على ما لم ترض به ، وتلك الأموال يجوز بذلها بلاعوض ، والنكاح لا يكون إلا بصداق ، فشأن المهر في القرآن أعظم من شأن الثمن والأجرة ، والوفاء به أوجب، لأن الله علق به الحل . ونهى عن أخذ شيء منه بغير طيب نفسها "[٣].

ويقال أيضاً : بأن كون الصداق ليس مقصوداً في النكاح لا يسوغ إلزام الزوجة بتأجيله إلى وقت لا تعلم نهايته خاصة أنه لم يحصل دخول .

---

(١) انظر : المغني ١٠/١٧٢ . حاشية ابن قاسم ٦/٤٠٢ .

(٢) انظر : المغني ١٠/١٧٢ .

(٣) انظر : نظرية العقد (١٥٧).

وأما القول : بأن العادة تعجيل الثمن في البيع وتأخير الصداق في النكاح فمحل نظر ، فإن البيع يكون لدى الناس بثمن حال ومؤجل بلا تفريق ، بل البيع نسيئة قد يكون أكثر وقوعاً في بعض الأقاليم ، وأما المهر فالعادة والغالب لدى الناس قديماً وحديثاً أن يكون معجلاً ، والعادة معتبرة في الشرع " العادة محكمة"(١).

الراجح :

تبين لي بعد هذا العرض رجحان القول الثاني ، وذلك لأنه في إلزام الزوجة تمكين الزوج من الدخول بها مع إعساره بصداقها ، وفي منعها من المطالبة بفسخ النكاح ظلم لها وضرر عليها ، ومن قواعد الشريعة المقررة منع الظلم ورفع الضرر وإزالته ، ولا شك أن الزوجة تتضرر بمثل هذا العقد فيجب رفع هذا الضرر وذلك بإعطاء الزوجة الخيار في فسخ النكاح .

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٣ ، والاشباه والنظائر للسيوطي ١٨٢.

المطلب الثاني

الرجوع بسبب الإعسار بالصداق بعد الدخول

إذا أعسر الزوج بالصداق المعجل بعد أن كان موسراً عند العقد ، أو كان معسراً لكن لم تعلم الزوجة بذلك إلا بعد الدخول بها ، فهل يكون لها الخيار في الرجوع عن العقد بفسخه ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : للزوجة الخيار في فسخ النكاح إذا أعسر زوجها بالصداق المعجل بعد الدخول بها .

وهو الصحيح عند الشافعية [١]، ووجه عند الحنابلة [٢].

جاء في المهذب :" والثاني : يثبت لها الفسخ ، وهو الصحيح " [٣]، وجاء في الإنصاف : " فإن أعسر بعده فعلى وجهين : أحدهما : لها الفسخ "[٤].

القول الثاني : لا خيار للزوجة في فسخ النكاح ، ويكون صداقها ديناً في ذمته تطلبه إذا أيسر الزوج به .

وهو المفهوم من كلام الحنفية [٥]، وقول المالكية [٦]، وقول للشافعية[٧]، ووجه عند الحنابلة [٨].

---

(١) انظر : المهذب ٤٧١/٢ ، الإقناع ١٩٣/٢ ، منهاج الطالبين ١٠٩.

(٢) انظر : المبدع ١٧٧/٧، الإنصاف ٣١٣/٨.

(٣) ٤٧١/٢.

(٤) ٣١٣/٨.

(٥) انظر : المبسوط ١٩١/٥، تبيين الحقائق ١٥٦/٣ . وتقدم في المطلب السابق توضيح مذهب الحنفية في هذه المسألة .

(٦) انظر : المدونة ٢٥٣/٢ ، الذخيرة ٣٧٣/٤ ، مواهب الجليل ١٨١/٦.

(٧) انظر : المهذب ٤٧٤/٢ ، الإقناع ١٩٣/٢ ، مغني المحتاج ٣٧٢/٥.

(٨) انظر : الفروع ٢٩١/٥ ، المبدع ١٧٧/٧ ، الإنصاف ٣١٣/٨.

جاء في الذخيرة : "وإن أعسر بعد البناء لم يفرق بينهما "[١]، وجاء في المهذب :" وإن كان بعد الدخول ففيه قولان : أحدهما : لا يثبت لها الفسخ "[٢]، وجاء في الإنصاف :" فإن أعسر بعده فعلى وجهين ... الوجه الثاني : ليس لها الفسخ بعد الدخول "[٣].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بإعطاء الزوجة الخيار في فسخ النكاح بإعسار زوجها بالصداق بعد الدخول بما يلي :

الدليل الأول :

أن الزوجة تعذر عليها الوصول إلى العوض ـ وهو الصداق ـ ، فكان لها حق الرجوع في المعوض ـ وهو البضع ـ قياساً على ما إذا أعسر المشتري بثمن المبيع ، فإن البائع له الخيار في الرجوع في المبيع ، بجامع أن كليهما عقد معاوضة[٤].

يناقش هذا الاستدلال: بأن اعتبار بضع المرأة هو محل العقد في النكاح باطل، فهو مصادم لمقصود النكاح وحقيقته ، والحق أن حقيقة هذا القول امتهان للمرأة وحط من قيمتها ومنزلتها ، إذ اعتبر ما أمرت بحفظه كالسلعة في عقود المعاوضات تباع وتشترى وترد وتستهلك .. ، وهذا ما يطرحه النقل والعقل معاً، لذلك فإنه لا يصح اعتبار البضع معقوداً عليه لما تقدم ، كما أنه لا يصح إلحاق النكاح بالبيع لما بينهما من تباين واختلاف لا يمكن معه إلحاق أحدهما بالآخر .

---

(١) /٣٧٣ .

(٢) ٤٧٤/٢.

(٣) ٣١٣/٨.

(٤) انظر : مطالب أولي النهي ٢٢٩/٥ ، حاشية ابن قاسم ٤٠٢/٦.

الدليل الثاني :

أن الزوجة يجب عليها تمكين زوجها من الوطء ، وجميعه في مقابل الصداق. وقد سلمت المرأة بعض الوطء ، فكان لها حق الرجوع في الباقي ، قياساً على ما إذا وجد البائع بعض المبيع في يد المشتري وقد أفلس ، فإن البائع له الخيار في الرجوع في الباقي من المبيع ، فكذلك في مسألتنا [١].

يناقش بما نوقش به الدليل السابق .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأنه لا خيار للزوجة في فسخ النكاح بإعسار الزوج بالصداق بعد الدخول بما يلي :

الدليل الأول :

أن البضع قد استوفى وتلف بالوطء ، فلا تملك الزوجة الفسخ قياساً على ما إذا أفلس المشتري بعد تلف المبيع أوبعضه ، حيث لا يملك البائع فسخ البيع فكذلك فيما إذا أعسر الزوج بصداق زوجته بعد الدخول بها ، وذلك أن المسمى يستقر بالوطء الأول كما يستقر الثمن بتسليم جميع المبيع "[٢].

نوقش : بأن البضع لم يتلف بالوطء الأول ، بل يعتبر الوطء استخداماً للبضع ، كالمبيع إذا وجده البائع فله الرجوع بما وجد . إذ الرجوع ببعض الشيء أولى من فوات الجميع . وقولهم : أن المهر يستقر به غير مسلم ، بل المهر مقابل جميع الوطء وقد سلمت المرأة بعضه ، فكان لها حق الرجوع في الباقي ، كما لو

---

(١) انظر : تكملة المجموع ١٨ ٦٢.

(٢) انظر : تكملة المجموع ١٨ ٦٢ ، حاشية ابن قاسم ٦/٤٠٣ .

وجد البائع المشتري معسرا بالثمن بعد تسليم بعض المبيع ، فإن للبائع حق الامتناع في الباقي [١].

ويجاب على هذه المناقشة : بأن قولهم : إن المرأة قد سلمت بعضها غير مسلم ، بل بالوطء الأول تعتبر المرأة قد سلمت تسليماً كاملاً . وأما قياس تسليم البضع للزوج علىتسليم بعض المبيع للمشتري فقياس باطل ، قد تقدم في أدلة القول الأول رده وإبطاله .

الراجــح:

الذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين هو القول الثاني ، وذلك لما يترتب على الفرقة بعد الدخول من أضرار ، وبالأخص على الأولاد ، في حين أن الزوجة لا ضرر عليها إن لم تعط خيار الفسخ بإعسار زوجها بصداقها ، لأنه على تقدير أسوأ الأحوال يكون الصداق ديناً في ذمة الزوج تنتزعه منه متى زال عنه الإعسار ، ولا شك أن مراعاة الضرر أولى ، بل هو أصل من الأصول التي تقوم عليها الشريعة " لا ضرر ولا ضرار".

بالإضافة إلى أنه لا يوجد دليل يعتمد عليه يسوغ الخروج عن الأصل في النكاح وهو الدوام والاستمرار لأجل ذلك كله استظهرت القول : بأنه لا خيار للزوجة في الفسخ .

---

(١) انظر : تكملة المجموع ١٨/٦٢.

الفصل الثاني
الرجوع بسبب العيب

الفصل الثاني

الرجوع بسبب العيب[1]

---

(١) حد العيب المخول للمرأة أو للرجل ـ على حد سواء ـ المطالبة بفسخ النكاح فإن الفقهاء لم يكونوا فيه على كلمة واحدة . بل تعددت الآراء واختلفت الأقوال ، وبيان ذلك فيما يلي :

اتفق الفقهاء القائلون بجواز التفريق بالعيب على جواز التفريق بعيبين هما : الجسب والعنة . أما باقي العيوب فقد اختلفوا فيها . واتجهوا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات :

الأول : التضييق والتقييد القائم على الحد من عدد العيوب التي يجوز للزوجة طلب التفريق بسببها .

وهو مسلك أبي حنيفة وأبي يوسف ، حيث ذهبا إلى أن العيوب التي يجوز للزوجة الحق في طلب التفريق بسببها هي : الجب والعنة والخصاء وما في معناها كالتأخيذ والخنوثة .

الثاني : التوسع والإطلاق القائمان على عدم حصر العيوب في نطاق محدد .

وهو مسلك ابن تيمية وابن القيم . وهو إطلاق التفريق بالعيب بين الزوجين بكل عيب لا يمكن من تحقيق مقاصد النكاح .

الثالث : التوسط بين المسلكين القائم على تحديد العيوب ، على اختلاف بينهم في ماهية العيوب، وعددها ، وهو مسلك المالكية والشافعية والحنابلة .

فالعيوب التي يفسخ بها النكاح ـ عند المالكية ـ ثلاثة عشر عيباً . وتنقسم إلى ثلاثة أقسام :

الأول : عيوب مشتركة بين الزوجين . وهي ـ الجنون ـ الجذام ـ البرص ـ العذيطة .

الثاني : عيوب خاصة بالرجل : الجب ـ العنة ـ الخصاء ـ الاعتراض .

الثالث : عيوب خاصة بالمرأة : الرتق ـ القرن ـ العفل ـ الافضاء ـ البخر.

وعند الشافعية على ثلاثة أقسام أيضاً :

الأول : عيوب مشتركة : الجنون ـ الجذام ـ البرص .

الثاني : عيوب خاصة بالرجل . العنة والجب .

الثالث : عيوب خاصة بالمرأة : الرتق ـ القرن .

وعند الحنابلة على ثلاثة أقسام أيضاً :

الأول : عيوب مشتركة بين الزوجين : الجنون ـ الجذام ـ البرص .

الثاني : عيوب خاصة بالرجل : العنة والجب

الثالث : عيوب خاصة بالمرأة : الفتق ـ القرن ـ العفل .

=

إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً ، لم يكن معلوماً عند العقد ، فهل يكون هذا العيب سبباً مؤثراً يعطى أحدهما الحق في المطالبة بفسخ العقد ، أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يثبت خيار الفسخ بالعيب إذا وجد أحد الزوجين الآخر معيباً .

وهو قول الحنفية [١]ـ إذا وجدت المرأة زوجها عنينا [٢] أومجبوباً [٣]

انظر : تبيين الحقائق ٢٢/٣ . اللباب ٢٥/٣ . المدونة ٢١١/٢ ــ ٢١٤ ، القوانين الفقهية ٢١٥ ، بلغة السالك ١ ٤٢٩ . الام ٥ ٩٠ ــ ٩٢ ، كفاية الأخيار ٣٧/٢ ، المبدع ١٠١/٧ ، الإنصاف ١٩٥/٨ ــ ١٩٨. المقنع ٥٥/٣ ــ ٥٧ ، الاختيارات العلمية ٢٢٢ . القواعد النورانية ٢٣٨ . زاد المعاد ٥ ١٨٢ ـ ١٨٤.

(١) انظر : المبسوط ٩٦/٥ ، الاختيار ٣ ١١٥ . تبيين احقائق ٢٥/٣ .

(٢) العنة : مصدر عن ، ومنه قولهم : عن لي الشيء عنا وعنوناً : ظهر أمامه واعترض . وعن لي الأمر : إذا عرض ، وعن الرجل عنة : عجز عن الجماع لمرض يصيبه ، فهو معنون وعنين.

انظر : لسان العرب مادة (عنن) (٣ ٢٩٠) . القاموس مادة (عنن) (٢٤٩/٤).

واصطلاحاً : هو من لا يقدر على جماع زوجته مع وجود الآلة لمانع ككبر سن أو شدة صغره أو دوام استرخائه أو سحر ...

انظر : تبيين الحقائق ٢١/٣ . شرح حدود ابن عرفة ٦٨ ، نهاية المحتاج ٣٠٩/٦ . المبدع ١٠٢/٧ .

(٣) الجب : مصدر جيب ، يقال جبه يجبه جبا وجبابا إذا قطعه . ومنه جببته : فهو مجبوب بين الجباب ــ بالسكون ــ إذا استوصلت مذاكيره . فهو أجب .

انظر : لسان العرب مادة (جبب)(١ ٢٤٩) . المعجم الوسيط مادة (جبب)(١٠٤/١).

اصطلاحاً : قطع الذكر والأنثيين معا . أو خلق بدونهما ، وقيل : قطع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين ، أو لم يبق منه قدر الحشفة . انظر : حاشية ابن عابدين ٤٩٤/٣ ، الفواكه الدواني ٦٧/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٢/٣. المبدع ٧ ١٠١.

وقول المالكية [١]، والشافعية [٢]، والحنابلة [٣].

جاء في المبسوط : " المرأة إذا وجدت زوجها عنيناً أو مجبوباً يثبت لها الخيار" [٤]، وجاء في حاشية الدسوقي : يثبت الخيار لأحد الزوجين بسبب وجود عيب من العيوب " [٥]، وجاء في تكملة المجموع :" وإذا وجد أحد الزوجين عيباً بالآخر ثبت له الخيار في فسخ النكاح "[٦]، وجاء في المغني :" خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه "[٧].

القول الثاني : لا خيار لأحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً في فسخ النكاح.

وهو قول الظاهرية [٨].

جاء في المحلى : " لا يفسخ نكاح بعد صحته بجذام [٩] حادث

---

(١) انظر : الذخيرة ٤١٩/٤ . مواهب الجليل ١٤٤/٥ . حاشية الدسوقي ١٠٣/٥.

(٢) انظر : المهذب ٤٤٩/٢ . روضة الطالبين ٥١٠/٥ . تكملة المجموع ٢٦٨/١٦ .

(٣) انظر : المغني ٥٦/١٠ . المبدع ١٠١/٧ . الإنصاف ١٨٦/٨.

(٤) ٩٦/٥ .

(٥) ١٠٣/٥ .

(٦) ٢٦٨/١٦.

(٧) ٥٦/١٠.

(٨) انظر : المحلى ٢٧٩/٩.

(٩) الجذام لغة : الجذم ـ بالكسر ـ : وهو أصل الشيء ، وجذم كل شيء أصله ، والجمع أجذام وجذوم ، يقال : جذم الشجر . أي : أصلها . والجذم ـ بالفتح ـ : القطع ، يقال : جذمه يجذمه جذماً : قطعه ، فهو جذيم ومجذوم .

انظر : لسان العرب مادة (جذم) (٧٧/١٢) . والمعجم الوسيط مادة (جذم) (١١٣/١).

واصطلاحاً : علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر ، وفي الوجه أغلب .

انظر : حاشية ابن عابدين ٥٩٧/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٢/٣ ، حاشية ابن قاسم ٣٤٠/٦.

ولا ببرص[١] ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ، ولا بأن تجد هي كذلك"[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن لأحد الزوجين الخيار في فسخ النكاح إذا وجد بالآخر عيباً بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [٣].

وجه الدلالة :

أن الله ﷻ قد أوجب على الزوج إمساك زوجته بالمعروف ، وذلك بأن يوفيها حقها في الجماع وحسن العشرة ، وغير ذلك من الحقوق التي بوجودها يتحقق الإمساك بالمعروف ، فأما إن عجز عن بعض تلك الحقوق للجب أو العنة وغيرهما من العيوب تعين حينئذ التسريح بإحسان [٤].

الدليل الثاني :

روي عن النبي ﷺ أنه تزوج امرأة من بني غفار ، فلما دخل عليها وضع

---

(١) البرص : مصدر برص برصا : إذا ظهر في جسمه البرص . أي ابيض جسده فهو أبرص ، وهي برصاء والجمع برص ، والبرص : بياض يظهر في ظاهر البدن لفساد مزاج .
انظر : لسان العرب مادة (برص) (٥/٧) ، القاموس المحيط (مادة (برص)(٢/٢٩٥).
واصطلاحاً : " بياض شديد بقع الجلد ويذهب دمويته ".
انظر : حاشية الباجوري ١١٦/٢ ، المطلع ٣٢٤/١١ .

(٢) ٢٧٩/٩.

(٣) سورة البقرة : آية (٢٢٩).

(٤) انظر : المبسوط ٩٧/٥.

ثوبه وقعد على الفراش ، أبصر بكشحها [١] بياضاً فانحاز عن الفراش ، ثم قال : خذي عليك ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئاً "[٢].

وجه الدلالة :

دلت هذه الحادثة على جواز الفسخ بالبرص ، ويقاس على البرص كل عيب يشترك معه في العلة ، وهي المنع من الاستمتاع لنفرة الطبع منه ، فمتى وجد العيب الذي تنفر منه الطباع ثبت الخيار في فسخ النكاح [٣].

نوقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أن الحديث غير صحيح ، لأن بعض رواته وهو جميل بن زيد الطائي ضعيف جداً ، بل متروك الحديث ، وعلى ضعفه فقد اضطرب فيه ، وبهذا الضعف يبطل الاحتجاج به [٤].

الوجه الثاني : لو سلمنا بصحة هذا الحديث ، فإنه لا يدل على جواز التفريق بالعيب ، وذلك لأن المقصود من رد المرأة إلى أهلها الطلاق ، ومما يدل

---

(١) الكشح : الخصر ، ويطلق على المنطقة التي بين الخاصرة إلى الضلع من الخلف .
انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر ٤/١٧٥ .

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣/٤٩٣ . وسعيد بن منصور في السنن (١/٢١٤) . والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب النكاح ـ باب ما يرد به النكاح من العيوب (٧/٢١٤).

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٣/٢٥ . فتح القدير ٤/٢٧٣ . الذخيرة ٤/٤١٩.

(٤) قال ابن عدي في الكامل (٢ ١٧١) . في سنده جميل بن زيد الطائي . قال يحيى : ليس بثقة . وهو يعرف بهذا الحديث " وقال البيهقي في السنن الكبرى ٧ ٢١٤ : قال البخاري . لم يصح حديثه ". وقال الحافظ ابن حجر في تهذيب التهذيب (٢/١١٤): هو جميل بن زيد الطائي . تابعي ، روى عن ابن عمر وكعب بن زيد أو زيد بن كعب . وروى عنه الثوري وأبو بكر بن عياش وأبو معاوية وغيرهم . قال عنه ابن معين والنسائي : ليس بثقة ، وقال عنه أبو حاتم الرازي وأبو القاسم البغوي : ضعيف . وقال ابن حبان : واهي الحديث ، وذكره العقيلي في الضعفاء " .

على ذلك قوله : " الحقي بأهلك " فإن هذا اللفظ يعد من ألفاظ الكنايات في الطلاق ، ومما يزيد من قوة هذا التوجيه ، أنه جاء التصريح في آخره بقوله : " ولم يأخذ مما آتاها شيئاً "[1].

أجيب عن هذا الوجه من المناقشة : بأن لفظ " الحقي بأهلك " لا يدل دلالة قاطعة على الطلاق ، بل يحتمله ويحتمل غيره ، وقد وجدت قرينة تدل على أن المراد بهذا اللفظ فسخ النكاح ، وهي قوله : " دلستم علي" مما يؤكد أن المراد به التفريق لأجل العيب الذي دلس عليه فيه [2].

يجاب عن هذا الجواب :

أننا لو سلمنا بصحة هذا التوجيه ، فإنه لا يحمل إلا على حال واحدة ، وهي فيما إذا كان العيب مدلساً على الزوج ، بأن كانت الزوجة ووليها يعلمان به ، وهو موجود حال العقد وقبله وكتما عنه . أما غير هذه الحال فلا دلالة في الأثر عليه إن سلمنا بصحته .

الدليل الثالث :

قوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار "[3].

وجه الدلالة :

أن " إمساك الزوجة من غير إيفائها حقها ، والقيام بحسن عشرتها ، فيه ضرر عليها وظلم لها ، فالزوجة هنا قد تعذر عليها تحصيل المقصود من النكاح ـ وهو العفة والإحصان ـ ولا يمكنها استيفاء ذلك من غيره مادامت في عصمته ،

---

(١) انظر : المبسوط ٩٦/٥ . بدائع الصنائع ٤٨٥/٢ .

(٢) انظر : كفاية الأخيار ٥٣/٢ . الكافي ٣ ١٧٢ .

(٣) تقدم تخريجه .

فوجب إعطاؤها حق الخيار في الفسخ ، إذ لو لم يثبت لها ذلك لأصبحت معلقة ، لا ذات بعل ولا مطلقة ، فثبت لها الخيار لإزالة الضرر والظلم [١]

الدليل الرابع :

قوله ﷺ : " لا عدوى ولا طيرة ... وفر من المجذوم كما تفر من الأسد"[٢].

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على وجوب الفرار من المجذوم ، والجذام مرض معدي ، وهو في نفس الوقت مانع للجماع ، والولد قل أن يسلم منه ، وإن سلم أدرك نسله ، فأصبح فرار أحد الزوجين من صاحبه إذا وجد به جذام واجباً ولا يتحقق إلا بإثبات الخيار في فسخ النكاح للآخر ، إذ هو طريق الفرار . ويقاس على الجذام ما شاكله في العلة [٣].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين [٤]:

الأول : أن ظاهر الحديث غير مراد ، وذلك للاتفاق على إباحة القرب منه، وإثابة من قام بخدمته وتمريضه .

الثاني : لو سلمنا بأن ظاهر الحديث مراد ، فيكون المقصود من تمكين الزوج من الفرار عن طريق الطلاق لأنه الأصل في هذا الباب ، لا الفسخ .

ويجاب عن هذه المناقشة بأمرين :

الأول : أن اجتناب المجذوم والفرار منه أمر مطلوب كذلك : والعمل به عمل بالأحوط ، فالمخالطة والمعاشرة هي الطريق الرئيس لانتقال الداء من المريض

---

(١) انظر المبسوط ٩٧/٥ .

(٢) أخرجه البخاري ـ كتاب الطب ـ باب الجذام ـ (١٦٤/٧).

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٢٥/٣ . شرح مسلم للنووي ١٤/٧ ، فتح الباري ١٦٢/١٠.

(٤) انظر : المبسوط ٩٦/٥ . بدائع الصنائع ٤٨٤/٢ .

إلى الصحيح ، ومعلوم أن الحياة الزوجية قائمة على صلة قوية ورابطة وثيقة .

الثاني : أن الأمر بالفرار يدل على أن المتعين الفسخ لا الطلاق ، ولو لزم النكاح لما أمر بالفرار .

الدليل الخامس :

روي عن عمر قوله : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أوجذام أو برص فمسها ، فلها صداقها كاملاً ، وذلك لزوجها غرم على وليها "[١]. وروي عن ابن عباس قوله : أربع لا يجزن في بيع ولا نكاح المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء"[٢] [٣].

وجه الدلالة من هذين الأثرين :

أن إعطاء الخيار بفسخ النكاح بسبب العيب كان معمولاً به عند الصحابة، فقد دلا على أن الجنون والجذام والبرص وغيرها عيوب يفسخ بها عقد النكاح ، فمتى وجد الرجل امرأته معيبة بعيب من هذه العيوب وجب المهر وأصبح غرماً

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ـ كتاب النكاح ـ باب ما جاء في الصداق والحباء ـ أي الإعطاء بلا عوض ـ (٥٢٦/٢) . والدارقطني في السنن ـ كتاب النكاح ـ باب المهر (٢٦٧/٣).

(٢) العفل : مصدر عفل . يقال عفل الكبش عفلا : حس عفله لينظر سمنه من هزاله ، والعفل . الخط الذي بين الذكر والدبر .

انظر : لسان العرب مادة (عفل)(١١ ٤٥٨) . المعجم الوسيط مادة (عفل) (٦١٢/٢).

واصطلاحاً : رغوة في الفرج تحدث عند الجماع تمنع لذة الوطء .

انظر : تبيين الحقائق ٢٥/٣ . حاشية الخرشي ٢٣٧/٣ . حاشية ابن قاسم ٣٣٨/٦ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ـ كتاب النكاح ـ باب وجوب الصداق ، (٢٩٠/٦) ، وابن أبي شيبة ـ كتاب النكاح ـ باب من قال لها نصف الصداق ـ (٥٢٠/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الصداق ـ باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس (٢٥٤/٧) .

على من غرَّ الزوج ، وتقاس سائر العيوب على ما نَص عليه بجامع المنع من الاستمتاع ، وانتفاء تحصيل السكن والاطمئنان [١].

نوقش بما في المحلى : " أنه لا يصح شيء من ذلك عن أحد من الصحابة . أما الرواية عن عمر فمنقطعة ، وعن ابن عباس من طريق لا خير فيه، ثم لو صح لكان لا حجة فيه ، لأنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ" [٢].

يجاب عن هذه المناقشة :

نسلم بأن الأثر المروي عن ابن عباس ضعيف لا يثبت ، أما ما روي عن عمر فإنه وإن كان الحال كما قيل ، إلا أنه من مراسيل سعيد بن المسيب ، ومراسيله معمول بها .

وأما قوله " لا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ " فهذه عبارة قد أكثر ابن حزم من إطلاقها في غير ما موضع من كتابه ، وهي عبارة مردود عليها بقوله ﷺ : " عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي ، عضوا عليها بالنواجذ" [٣]، فأمر باتباع سنة الخلفاء من بعده كما أمر باتباع سنته ، وبالغ في الأمر باتباعها حتى أمر بأن يعض عليها بالنواجذ ، وهذا يتناول ما أفتى به جميع الخلفاء أو بعضهم وإن كان واحداً .

الدليل السادس :

قياس ثبوت خيار الفسخ في النكاح بسبب العيب على ثبوت خيار فسخ البيع بسبب العيب ، بجامع فوت المقصود من العقد في كليهما ، فكما أنه يثبت

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٣٤٠/٤ . المغنى ٥٦/١٠ .

(٢) ٢٨٧/٩ ، وانظر : نيل الأوطار ٦٦/٦

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ـ كتاب السنة ـ باب في لزوم السنة (٢٠٠/٤). والترمذي ـ كتاب العلم ـ باب ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع (٤٣/٥) ، الدارمي ـ المقدمة ـ باب اتباع السنة (٤٤/١).

للمشتري فسخ البيع لوجود العيب ـ الذي يترتب عليه فنوات مالية يسيرة ـ فثبوته في عقد النكاح من باب اولى لخطورة المحل [١].

نوقش : بأنه قياس مع الفارق ، لأن عقد البيع يختلف عن عقد النكاح في الجملة ، فمن مظاهر الاختلاف بينهما :

أولاً : أن عقد البيع يفيد نقل الملك ، وليس في النكاح ملك أصلاً .

ثانياً : لا يجوز البيع بغير ذكر الثمن ، أما النكاح فيجوز تسمية ذكر الصداق في عقده أو عنده .

ثالثاً : البيع عقد مبادلة تجري فيه المشاحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال ، بخلاف النكاح ، فإن المال فيه تابع غير مقصود ، وإنما شرع إظهاراً لخطر المحل .

رابعاً : بترك رؤية المبيع ووصفه يبطل العقد ، أما النكاح فيجوز فيه ترك رؤية المخطوبة ووصفها .

إلى غير ذلك من أوجه الاختلاف بين هذين العقدين ، لذا فلا يصح قياس أحدهما على الآخر [٢].

يجاب على هذه المناقشة : بأن العقدين وإن كانت طبيعتهما مختلفة إلا أنهما يلتقيان في أصل عام وهو : " السلامة من العيوب" ، فإن هذا الأصل تشترك فيه جميع العقود ، فإذا وجد عيب فإنه يثبت للعاقد الآخر خيار العيب ، بل إن ثبوته في النكاح أولى . كما أنه لا يلزم من قياس فرع على أصل أن يتطابقا في جميع الصفات ، وإلا لم يكن قياساً ، بل يكون داخلاً في الحكم بعموم النص . فالمقصود اشتراكهما في المعنى وقد وجد .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٥/٣ ، المغني ٥٦/١٠ .

(٢) انظر : المبسوط ٩٧/٥ . فتح القدير ٢٧٣/٤ .

الدليل السابع :

القياس على المجبوب والعين بجامع أنها عيوب يفوت معها مقصود النكاح ، فالتفريق بين العين والمجبوب وزوجه ثابت بإجماع الصحابة ، وباقي العيوب تتفق مع ذلك في العلة ، فكان لها حكم التفريق كسابقتها [(١)].

نوقش : بأن العلة ـ وهي فوت مقصود النكاح ـ غير موجودة في الفرع ، وذلك لأنه من الممكن أن يطأ من بها رتق[(٢)] أو فتق[(٣)] أو غير ذلك من العيوب ، ويتوصل إليه عن طريق الشق والقطع والكسر ... فغاية ما فيه نفرة طبيعية لا تمنع من الوطء [(٤)].

يجاب عن هذه المناقشة : بأن هذه العيوب تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح ، فالجذام والبرص تثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره ، والرتق يتعذر معه الوطء ،

---

(١) انظر : الذخيرة ٤٢٠/٤ ، مغني المحتاج ٣٤١/٤.

(٢) الرتق : مصدر رتق ، يقال : رتق الشيء رتقاً إذا سده ، والرتق ضد الفتق . والرتق ـ بالتحريك ـ مصدر قولك: امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتقاء ذلك الموضع منها. أي : التصاقه وانضمامه .

انظر : لسان العرب مادة (رتق)(١١٤/١)، الصحاح مادة (رتق) (١٤٨/٤).

واصطلاحاً : انسداد محل الجماع من المرأة باللحم .

انظر : فتح الجواد ٩٧/٢ ، مطالب أولى النهي١٤٧/٥.

(٣) الفَتق لغة : مصدر فتق ، يقال : فتق الشيء فتقا : شقه ، وهو خلاف الرتق . والفَتَق بالتحريك ـ مصدر قولك : امرأة فتقاء . وهي المنفتقة خلاف الرتقاء ، قال أبو الهيثم : الفتقاء من النساء التي صار مسلكها واحد .

انظر : لسان العرب مادة (فتق) (٣٣٤٢/٥) . مقاييس اللغة (٤٧١/٤).

واصطلاحاً : انخراق ما بين سبيلها ، أو ما بين مخرج بول ومني .

انظر : بلغة السالك ٤٢٩/١ . كفاية الأخيار ٣٧/٢ ، المبدع ١٠١/٧.

(٤) انظر : فتح القدير ٢٧٤/٤

والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وفي الجملة فإن مصالح الزوجين لا تقوم مع هذه العيوب أو على تقدير قيامه فإنها ناقصة نقصاناً مؤثراً في استمرارها وبقائها .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بعدم إعطاء أحد الزوجين الخيار في الفسخ بعيب الآخر بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿... فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه ..﴾ (١).

وجه الدلالة :

أن في الآية ذم من عمل على التفريق بين الزوج وزوجه بغير قرآن ولا سنة ثابتة، فيدخل في عموم هذه الآية من فرق بين الزوجين بغير دليل ، إذ إن الآية جاءت بمعرض الذم في كل من كانت هذه صفته (٢).

يناقش هذا الاستدلال : بأن الآية إنما نزلت في شأن السحرة الذين يفرقون بين الزوجين بالباطل ، وبقصد الإضرار بهما ، فهو تفريق بلا موجب شرعي ، وإنما هو محض الإضرار بهما ، فليس من العدل إلحاق من فرق بين الزوجين بعيب في أحدهما بفعل السحرة القائم على الظلم ، فالتفريق بين الزوجين بالعيب دلت الأدلة على إثباته ، وهو مقتضى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة القاضية برفع الضرر ومنع الظلم .

الدليل الثاني :

قوله تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ (٣).

---

(١) سورة البقرة : الآية (١٠٢).

(٢) انظر : المحلى ٩/٢٠٨.

(٣) سورة البقرة . الآية (٢٨٦)

وجه الدلالة :

أن الآية قضت بأن المكلف لا يكلف بما لا يطيق ، وعليه فلا يفرق بين الزوجين بسبب العجز عن الوطء ، إذ تكليف من عجز عن الوطء بالوطء تكليف بما لا يطاق ، وهذا ما دلت الآية على منعه (١).

يناقش : بأن الاستدلال بهذه الآية معكوس ، فالآية أوضحت أن الله جعل للعبيد من كل ضيق مخرجاً وهذا من لطفه بخلقه ورحمته ، وفي مسألتنا هذه فإن الخروج من هذا الضيق يكون بفسخ النكاح ، فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً فإن طريق رفع الأذى وإزالة الضرر إنما يكون عن طريق الفسخ .

الدليل الثالث :

ما روته عائشة ــ رضي الله عنها ــ أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : يارسول الله : إن رفاعة طلقني فبت طلاقي ، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزَّبير ، وإنما معه مثل الهدبة، قال : لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعه ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته ".(٢)

وجه الدلالة:

أن فيه دلالة على عدم جواز التفريق بعيب العنة الذي يعتبر من أشد العيوب أثراً ، فإن امرأة عبد الرحمن جاءت تشكو زوجها إلى النبي ﷺ لعيب فيه . وهو أنه لم يطأها ، وأن ذكره كالهدبة لا ينتشر ، فطلبت من النبي ﷺ أن يفرق

(١) انظر : المحلى /٢٠٧ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ــ كتاب الطلاق ــ باب من أجاز طلاق الثلاث (٥٥/٧). ومسلم ــ كتاب النكاح ــ باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره وي"اها . ثم يفارقها، وتنقضي عدتها (١٠٥٥/٢).

بينهما ، فلم يشكها ولم يفرق بينهما ، فدل على أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لهذا العيب ، فيكون المنع من التفريق بغيره من باب أولى [١].

يناقش هذا الاستدلال : بأن الحديث ليس فيه ما يدل على طلبها الفسخ من الزوج الثاني بسبب العنة . وإنما ورد الحديث لبيان حكم المطلقة ثلاثاً ، وأنها لا تحل لزوجها الأول إلا بعد زوج آخر يطأها ، وتذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها ، فهذا في غير محل النزاع ، فامرأة عبد الرحمن لم تأت شاكية من عبد الرحمن ، بل جاءت مستفتية في الرجوع إلى زوجها الأول ـ رفاعة ـ الذي طلقها ثلاثاً ، وذلك بعد أن تزوجها عبد الرحمن وطلقها ولم يطأها .

الدليل الرابع :

ما رواه هانيء بن هانيء ، قال : جاءت امرأة إلى علي حسناء جميلة ، فقالت : يا أمير المؤمنين هل لك في امرأة لا أيم ولا ذات زوج ، فعرف ما تقول ، فأتى بزوجها ، فإذا هو سيد قومه ، فقال : ما تقول فيما تقول هذه ؟ قال : هو ما ترى عليها ، قال : شيء غير هذا ، قال : لا . قال : ولا من آخر السحر ، قال : ولا من آخر السحر ، فقال : هلكت وأهلكت . وإني لأكره أن أفرق بينكما"[٢].

وروي عن علي ـ أيضا ـ قوله : أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو بها برص أو بها قرن فهي امرأته إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق "[٣].

---

(١) انظر : المحلى ٢٠٩/٩.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في السنن ـ كتاب الطلاق ـ باب ما جاء في العنين (٥٥/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب النكاح ـ باب أجل العنين (٢٢٧/٧).

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ـ كتاب النكاح ـ باب المهر (٢٦٧/٣) . والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب النكاح ـ باب ما يرد به النكاح من العيوب (٢١٥/٧).

وجه الدلالة :

أن علياً ـ وهو أحد الخلفاء الأربعة ـ قضى بعدم التفريق بين الزوجين بسبب العيب ، فليس لأحد الحق في فسخ النكاح أو رده ، وإنما الخيار فقط في إمساك الزوجة أوطلاقها [١].

نوقش هذا الدليل من وجوه :

الأول : أن الأثر الأول ضعيف ، لأن في سنده مجهول الحال ـ وهو هانيء بن هانيء ـ "[٢].

الثاني : أنه روي عن علي خلاف ما هو مذكور هنا ، فقد روى عنه أنه قال : "أربع لا يجزن في بيع ولا نكاح : المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء "[٣].

الثالث : أنه ثبت عن بعض الصحابة ـ كعمر وابن عباس ـ خلاف ذلك. ومتى قام المخالف ـ في قول الصحابي ـ سقطت بذلك حجيته .

الراجـــح :

الذي يبدو لي رجحانه من هذين القولين هـو القـول الأول، والـذي يقضي بإعطاء المرأة الخيار بين الصبر على عيب الزوج وبين المطالبة بفسخ النكـاح . فإن اختارت الفسخ فرق بينهما القاضي . لما تقدم من الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول ، ولأن في عدم القول به ضـرر كبير على الزوجـة ومشـقة عظيمة لا تطاق ـ في بعض الأحيان ـ . وهذا كله منفي شرعاً .

---

(١) انظر : المغني ٥٦/١٠ .

(٢) قال الحافظ في تهذيب التهذيب (٢٢/١١): قال ابن المديني : مجهـول . وقـال عنـه حرملـة عن الشافعي : هانيء لا يعرف . وأهل العلم بالحديث لا ينسبون حديثه لجهالة حاله ".

(٣) أخرجه البيهقي ـ كتاب النكاح ـ باب ما يرد به من العيوب (٢١٥/٧).

الفصل الثالث

الرجوع بسبب فقد الزوج

الفصل الثالث

الرجوع بسبب فقد الزوج[١]

إذا فقد الزوج وانقطع خبره ، فلم تعلم حياته ولم يتيقن من موته . فهل يكون لزوجته الحق في المطالبة بفسخ النكاح بسبب فقده ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ليس لزوجة المفقود الحق بالمطالبة بفسخ النكاح . ولا يفرق بينها وبين زوجها حتى يتيقن موت الزوج أو طلاقه ، أو حتى يعمر وينقضي تعميره .

وهو قول الحنفية [٢]، والجديد عند الشافعي وهو الأظهر [٣]، وقول الظاهرية [٤].

جاء في تبيين الحقائق :" ولا يفرق بين المفقود وبين امرأته" [٥]، وجاء في روضة الطالبين : "وإن انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته فقولان : الجديد الأظهر : أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ثم

---

(١) الفقد لغة : من فقد الشيء أفقده فقداً وفقداناً بكسر الفاء وضمها . والفقدان : أن تطلب الشيء فلا تجده ، فهو مفقود وفقيد . وتفقدته : طلبته عند غيبته .
انظر : لسان العرب مادة (فقد) (٣٣٧/٣) ، والمعجم الوسيط مادة (فقد) (٦٩٦/٢)،
واصطلاحاً : هو من انقطع خبره ولم يعلم موضعه . ولم تعلم حياته ولا موته .
انظر : البحر الرائق (٢٧٦/٥) ، منح الجليل (٧٠٠/٩)، المهذب (١٢٤/٢)، كشاف القناع (٤٦٤/٤).

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٣١١/٣ ، بدائع الصنائع ٢٩٩/٦ ، البحر الرائق ٥/ ٢٧٦.

(٣) انظر : المهذب (١٢٤/٢) ، روضة الطالبين (٣٧٧/٦)، مغني المحتاج (٩٨/٥).

(٤) انظر : المحلى ٣١٦/٩.

(٥) ٣١١/٤ .

تعتد"[١]، وجاء في المحلى : " ومن فقد فعرف موضعه أو لم يعرف ـ في حرب فقد أم في غير حرب ـ وله زوجة .. لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً ، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي "[٢].

القول الثاني : أن لزوجة المفقود الحق في فسخ النكاح ، وذلك بعد أن تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة ، وبعد انتهاء العدة لها أن تنكح من شاءت.

وهو قول المالكية [٣]. والشافعي في القديم [٤].

جاء في بداية المجتهد ،" قال مالك : يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وحلت "[٥]، وجاء في روضة الطالبين : وإن انقطع خبره .... والقديم : أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تنكح "[٦].

القول الثالث : التفصيل ، وهو قول الحنابلة [٧]:

أولاً : غياب الزوج عن زوجته غياباً ينقطع فيه خبره ولا يعلم فيه موضعه، ويكون ظاهر غيبته الهلاك ـ كمن سافر في مركب ، أو فقد بين الصفين في القتال ـ فالحكم فيه أن تتربص امرأته أربع سنين ثم تعتد للوفاة ، ثم تحل ".

---

(١) ٣٧٧/٦ .

(٢) ٣١٦/٩ .

(٣) انظر : المقدمات الممهدات ٥٣٤/١ ، بداية المجتهد ١٠٢٤/٣ ، حاشية الدسوقي ٤٢٩/٤.

(٤) انظر : المهذب ١٢٤/٢ . روضة الطالبن ٣٧٧/٦ ، مغني المحتاج ٩٨/٥.

(٥) ١٠٢٤/٣ .

(٦) ٣٧٧/٦ .

(٧) انظر : المغني ٢٤٧/١١ . المبدع ١٢٧/٨ ، الإنصاف ٢٨٨/٩ ، ٢٩٤ .

ثانياً : غياب الزوج عن زوجته غيابا ينقطع فيه خبره ولا يعلم فيه موضعه، ويكون ظاهر غيبته السلامة ـ كمن خرج لطلب العلم ، أوالتجارة أو السياحة ـ فإن امرأته تبقى أبداً إلى أن يتيقن موته ".

جاء في الإنصاف : " امرأة المفقود الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك.. فإنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة .هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب "(١) وقال أيضاً : " فأما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة ، فإن امرأته تبقى أبداً إلى أن يتيقن موته "(٢).

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن امرأة المفقود ليس لها المطالبة بفسخ النكاح بما يلي :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر "(٣).

وجه الدلالة :

أن النبى ﷺ حكم ببقاء الزوجية بين المفقود وزوجه ، فلا يفرق بينهما قبل أن يتيقن من موته أو طلاقه ، فإذا تحقق أحد هذين الأمرين حكم بالتفريق بينهما. وإلا فتبقى زوجته ، ولا يكون لها حق في المطالبة بالفسخ (٤).

---

(١) الانصاف ٢٨٨/٩ .

(٢) الانصاف ٢٩٤/٩ .

(٣) أخرجه الدارقطني ـ كتاب النكاح ـ باب امرأة المفقود (٤٢١/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب العدد ـ باب امرأة المفقود امرأته حتى يتيقن وفاته (٤٤٥/٧).

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٣١١/٣ ، المغنى ٢٤٩/١١.

نوقش : بأن هذا الحديث لم يثبت ، فهوحديث ضعيف ، في إسناده سوار ابن مصعب ومحمد بن شرحبيل ، وهما من المجروحين [١].

الدليل الثاني :

ما روي عن علي ، وهو قوله : امرأة المفقود هي امرأة ابتليت ، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق " [٢].

وجه الدلالة :

أن أمير المؤمنين على ﷺ بين أن امرأة المفقود تبقى زوجة للمفقود حتى يتيقن من أحد أمرين : الموت أوالطلاق ، فإذا وجد أي منهما فإنه يكون بذلك انتهاء الزوجية ، وهذا لا يقال إلا عن توقيف[٣].

يناقش هذا الدليل والاستدلال من وجوه :

الأول : أن هذا الأثر غير صحيح ، فإن ما رواه الحكم مرسل لا يصح الاحتجاج به [٤].

الثاني : نقل عن علي خلاف هذا القول ، فقد نقل عنه : أنها تطلق بعد مضي مدة التربص والعدة [٥].

---

(١) الحديث ضعيف ، رواه سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل ، قال ابن أبي حاتم في العلل (٤٣٢/١) : ثم سألت أبي عن حدبث رواه سوار بن مصعب ، فقال أبي : هذا حديث منكر . ومحمد بن شرحبيل متروك الحدبث . يروى عن المغيرة مناكير أباطيل " أ.هـ . وقال الزيلعي في نصب الراية (٤٧٣/٣): أعله الدارقطني بمحمد بن شرحبيل وقال : إنه متروك . قال ابن القطان : وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه ، ودونه صالح بن مالك وهو لا يعرف (مجهول الحال) ، ودونه محمد بن الفضيل ولا يعرف حاله . أ.هـ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ــ كتاب الطلاق ــ باب التي لا تعلم مهلك زوجها (٩٠/٧).

(٣) انظر : فتح القدير ١٣٧/٦ . مغنى المحتاج ٩٧/٥ ، ٩٨ .

(٤) انظر : نصب الراية ٤٧٣/٣.

(٥) انظر : المغني ٢٥١/١١ .

الثالث : مع التسليم بصحته ، فإن الصحابة قد خالفوه ، فلا حجة به بعد قيام المخالف .

الرابع : لو سلمنا بصحته أيضاً . فإنه يحمل على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بين الروايتين ، فإن إعمال كلا الروايتين أولى من إهمال إحداهما.

الدليل الثالث :

أن النكاح أمر ثابت ومتيقن منه ، وموت الزوج المفقود مشكوك فيه ، فإنه لا يعدو أن يكون أمراً احتمالياً ، ولا يجوز أن يزال أمر ثابت بيقين بأمر مشكوك فيه ، لذا لا تثبت به الفرقة [١].

نوقش : أن القول : بأن موته مشكوك فيه غير مسلم ، لأن الشك هو ما تساوى فيه الأمران ، وفي المفقود الذي ظاهر غيبته الهلاك الحكم بموته على غلبة الظن ، وغلبة الظن تنزل منزلة اليقين إذا تعذر الوصول إلى اليقين ، فجاز إزالة النكاح بغلبة الظن المنزل منزلة اليقين [٢].

الدليل الرابع :

قياس المال على الزوجية . فكما أنه لا يجوز الحكم بموت المفقود في قسمة ماله ، فكذلك لا يجوز الحكم بموته في نكاح زوجته [٣].

يناقش : بأنه قياس فاسد الاعتبار . لأن من العلماء من يرى أنه يقسم مال المفقود ، باعتبار أن تأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال ، وربما تلف أو قلت قيمته ، ومن شرط صحة القياس أن يكون حكم الأصل المقيس عليه ، متفقاً

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٩٨/٥ . المبدع ٧ ١٣٢ .

(٢) انظر : المغني ٢٥١/١١.

(٣) انظر : المهذب ١٢٤/٢ ، روضة الطالبين ٣٧٧/٦ .

عليه ، ولما كان هذا الشرط غير متحقق هنا فإن القياس بتخلف شرطه يعتبر فاسد الاعتبار .

الدليل الخامس :

أن تقدير مدة التربص للزوجة بأربع سنين حتى يفرق بين زوجة المفقود وزوجها الذي انقطع خبره ولم يعلم موضعه هو تقدير بغير توقيف ، والتقدير لا يصار إليه إلا عن توقيف [١].

يناقش : بأن هذا التقدير مروي عن عمر بن الخطاب ، وهو من الخلفاء الراشدين ، الذين أمر النبي ﷺ باتباع هديهم والأخذ بسنتهم .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن امرأة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة بما يلي:

الدليل الأول :

ما روي عن عبيد بن عمير قال : " فقد رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له ، قال : انطلقي فتربصي أربع سنين . ففعلت ، ثم أتته ، فقال : انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً . ففعلت ، ثم أتته ، فقال : أين ولي هذا الرجل ، فجاء وليه ، فقال : طلقها . ففعل ، فقال لها عمر : انطلقي فتزوجي من شئت . فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول ، فقال له عمر : أين كنت؟ فقال : يا أمير المؤمنين ، استهوتني الشياطين ، فوا لله ما أدري في أي أرض ا لله ، كنت عند قوم يستعبدونني ، حتى اغتزاهم منهم قومٌ مسلمون ، فكنت في ما غنموه ، فقالوا لي : أنت رجل من الإنس ، وهؤلاء الجن ، فما لك ولهم ؟ فأخبرتهم خبري ، فقالوا : بأي أرض ا لله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هي

---

(١) انظر : المغني ٢٤٨/١١.

أرضي ، فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرّة . فخيره عمر ، إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق ، فاختار الصداق ، وقال : حبلت لا حاجة لي فيها ".[1].

وجه الدلالة :

أن عمر ﷺ فرق بين المفقود وزوجته بسبب فقده وعدم الاهتداء إلى مكانه، وذلك بعد أن تعتد أربع سنين ، وهذا وإن لم يكن توقيفيا إلا أنه عن خليفة راشد أمرنا باتباع سنته [2].

نوقش من وجهين :

الأول : أن عمر عدل عن قوله وأخذ بقول علي : ولو سلمنا أنه لم يعدل عن قوله ، فقد خالفه علي في ذلك فسقط الاحتجاج به [3].

يجاب عن هذه المناقشة : أما القول : بأن عمر عدل عن قوله وأخذ بقول على : فهذه دعوى مرسلة مجردة عن الدليل ، فالثابت عن عمر هو القول : بأن امرأة المفقود تعتد أربع سنين .

وأما القول : بأن علياً قد خالفه في ذلك ، فقد سبق وأن بينت عدم صحة ما نقل عنه ، بل قد ثبت عن علي موافقته لعمر .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ـ كتاب الطلاق ـ باب التي لا تعلم مهلك زوجها (٨٦/٧ ـ ٨٨) ، وابن أبي شيبة في المصنف مختصراً ـ كتاب النكاح ـ باب في المفقود يجيء وقد تزوجت امرأته (٢٣٨/٤ ـ ٢٤٠) ، وسعيد بن منصور في السنن ـ كتاب الطلاق ـ باب الحكم في امرأة المفقود (٤٠١/١)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب العدد ـ باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره (٤٤٥/٧ ـ ٤٤٧).

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٩٨/١٥ ، المغني ١١/ ٢٥١.

(٣) انظر : فتح القدير ٦/ ١٣٨ ، المهذب ١٢٤/٢.

الثاني : أن هذا الأثر ليس فيه أن المرأة بعد أن تتربص أربع سنين تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا ، وإنما جاء ذلك من طرق لا تخلو من مقال [١].

الدليل الثاني :

قياس فسخ نكاح امرأة المفقود لفقده بجواز فسخ النكاح لتعذر الوطء ــ بالجب والعنة ــ وتعذر النفقة بالإعسار ، فكما أن الإعسار والعنة يجوز فيهما فسخ النكاح ، فجوازه في فقد الزوج من باب أولى ، وذلك لتعذر الجميع فيه [٢].

نوقش : بأن الفرقة بفقد الزوج تخالف الفرق بالعنة والإعسار بالنفقة ، لأن في العنة والإعسار ثبت سبب الفرقة . وفي الفقد لم يثبت سبب الفرقة وهوالموت، كما أن قياس الفقد على العنة مع الفارق . لأن الغربة يعقبها الرجوع، والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة . فانعدم شرط القياس وهو الاستواء [٣].

أدلة القول الثالث :

استدل الحنابلة القائلون بالتفصيل : بأثر عمر السابق ــ في الرجل الذي استهوته الجن ــ وحملوه على المفقود الذي ظاهر غيبته الهلاك ، أما من كان ظاهر غيبته السلامة فإنه لا يدخل في عموم الأثر . فتبقى الزوجية بينهما قائمة ، إذ إنها ثبتت بيقين فلا تزول إلا بيقين [٤].

يناقش هذا الاستدلال : أن الأثر لم يرد فيه هذا التخصيص ، وأن المقصود هو حال واحد في المفقود الذي ظاهر غيبته الهلاك ، فالثابت في الأثر أن الرجل فقد ولم يعرف مكانه . فهو عام في كل غيبة منقطعة ، لا يعرف فيها مكانه.

---

(١) انظر : المحلى ٣١٨/٩ .

(٢) انظر : المقدمات الممهدات ٥٢٨/١ . المغني ٢٤٧/١١.

(٣) انظر : الهداية مع فتح القدير ١٣٨/٦ . المهذب ١٢٤/٢ .

(٤) انظر : المغني ٢٤٨/١١ .

الراجــح :

الذي يظهر لي رجحانه من هذه الأقوال هو القـول الأول ، والـذي يقضـي بإعطاء الزوجة حق المطالبة بالفسخ بسبب فقد زوجها لأن هذا القـول هـو الموافـق لقضاء عمر في قصة الرجل الذي استهوته الجـن ، ولأن في بقـاء الزوجيـة والحـال هذه ضرر على الزوجة، لأنها إن لم تتمكن من الفسخ ، فإنها تبقى منتظـرة رجعتـه مدة غير محددة ، ولربما تبلغ سن اليأس ولما يرجع بعد . وهــذا يتنـافى مـع الطبيعـة البشرية ، لذا كان للقاضي أن يفرق بينهما بعدما تطلب الزوجة ذلك .

الفصل الرابع

الرجوع بسبب غياب الزوج

الفصل الرابع

الرجوع بسبب غياب الزوج[١]

إذا غاب الزوج عن امرأته وطالت غيبته حتى تضررت زوجته بذلك ، بحيث لم تطق بعده عنها وانتظارها له ، فهل لها الحق في طلب فسخ النكاح ، فيفرق الحاكم بينها وبين زوجها بسبب ذلك أم لا ؟ اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول : لا حق لها في طلب فسخ النكاح .

وهو مقتضى قول الحنفية إذ لم يقولوا بالفسخ بفقد الزوج ، فيكون عدم الفسخ عندهم بغيابه من باب أولى[٢]، والشافعية[٣]، ورواية للحنابلة[٤]، وقول الظاهرية[٥].

جاء في روضة الطالبين : الغائب عن زوجته إن لم ينقطع خبره فنكاحه مستمر ، وينفق عليها الحاكم من ماله إن كان في بلد الزوجة مال ، فإن لم يكن

---

(١) الغيبة لغة : مصدر غاب . ويقال : غاب عني الأمر غيباً وغياباً وغيبوبة وغيبوباً ومغاباً ومغيباً، وتغيب : أي بعد وسافر . وامرأة مغيب ومغيبة ، أي غاب بعلها .. وفي الحديث : " حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة ".

انظر : لسان العرب مادة (غيب) (٦٥٤/١).

واصطلاحاً : فلا يخرج المعنى الاصطلاحي للغيبة عن المعنى اللغوي لها ، فمداره على سفر الزوج وبعده عن زوجته .

انظر : مواهب الجليل ٤٩٦/٥ . المبدع ١٩٩/٧ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٣١١/٣ . البحر الرائق ٢٧٦/٥.

(٣) انظر : الأم ٢٤١/٥ ، روضة الطالبين ٣٧٧/٦ .

(٤) انظر : المغني ٢٤٠/١١ . الفروع ٣٢٢/٧ ، الإنصاف ٣٥٥/٩.

(٥) انظر : المحلى ٣١٦/٩ .

كتب إليه حاكم بلده ليطالبه بحقها " [١]، وجاء في الإنصاف : وعنه : لا يفرق بينهما" [٢]، وجاء في المحلى : ولا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه "[٣].

القول الثاني : للزوجة الخيار في طلب فسخ النكاح بسبب غياب زوجها.

وهو قول المالكية [٤]، والمذهب عند الحنابلة [٥].

جاء في الكافي : " ومن غاب عن امرأته فعلم موضعه كتب إليه السلطان إذا شكت ذلك إليه زوجته ، وأمره أن يقدم إليها أو يرحلها إليه أو يطلق ، فإن لم يفعل شيئاً من ذلك طلق عليه "[٦]. وجاء في الإنصاف : " وإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن عذر ، فإن أبى شيئاً ولم يكن له عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما . وهذا المذهب "[٧].

أدلة القول الأول :

استدل المانعون من إعطاء المرأة الخيار في طلب فسخ النكاح بسبب غياب زوجها بما يلي :

الدليل الأول :

قوله ﷺ : امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر "[٨].

---

(١) ٣٧٧/٦ .

(٢) ٣٥٥/٩ .

(٣) ٣١٦/٩ .

(٤) انظر : الكافي ٤٦٩/١ ، مواهب الجليل ٤٩٦/٥ ، ٤٩٧ ، حاشية الدسوقي ٤٣١/٥.

(٥) انظر : المغني ٢٤٠/١١ ، الفروع ٣٢٢/٥ ، الإنصاف ٣٥٥/٩.

(٦) ٤٦٩/١ .

(٧) ٣٥٥/٩ .

(٨) تقدم تخريجه .

وجه الدلالة :

أن الحديث عام في كل مفقود ، فلا يفرق بين الزوجين إلا إذا تيقنت زوجة الغائب من وفاة زوجها ، والحديث وإن كان ضعيفاً إلا أنه يصلح مرجحاً بين اختلاف الصحابة [١].

يناقش هذا الدليل من وجهين :

الأول : أن الحديث ضعيف ، ولا يصلح أن يكون مرجحاً بين أقوال الصحابة ، لأن ضعفه شديد .

---

(١) انظر .الأم ٢٤١/٥ .

واشترط القائلون بجواز الفسخ للغيبة ما يلى :

الأول : أن تكون الغيبة طويلة . فلو كانت غيبة الزوجة قصيرة لم يكن للمرأة حق طلب الفسخ، وذلك باتفاق القائلين بالفسخ للغيبة . وإن اختلفوا في مدتها على ثلاثة أقوال :

القول الأول : مدة هذه العبد سنة فأكثر . وإليه ذهب المالكية في المعتمد عندهم .

القول الثاني : إن مدة السنين والثلاث ليست طويلة ، بل لابد من الزيادة عليها . وهو قول بعض المالكية كابن عرفة .

القول الثالث : إن مدة الغيبة ستة أشهر فأكثر . وإليه ذهب الحنابلة .

الثاني : أن تكون غيبة الزوج لغير عذر . أما إن كانت بعذر كحج وطلب علم ونحو ذلك فليس للزوجة الخيار في طلب الفسخ . وهذا عند الحنابلة ، أما المالكية فلم يشترطوا هذا الشرط . فيحق للزوجة عندهم فسخ النكاح إذا طالت غيبته ، سواء كانت لعذر أو لغير عذر

الثالث : أن تتضرر الزوجة بهذه الغيبة ، وأطلق الحنابلة الضرر ، بينما قيده المالكية بخشية وقوع الزوجة في الفاحشة وليس في اشتهاء الجماع فقط .

الرابع : أن يكتب القاضي إليه : بأن يقدم إليها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإن لم يفعل شيئا من ذلك فرق بينهما، إلا إذا أبدى عذراً فإنه لا يفرق بينهما عند الحنابلة

انظر : القوانين الفقهية ٢١٧ . حاشية الدسوقي ٤٣١/٥ ، المغني ٢٤٠/١١ . كشاف القناع ٤٢٣/٥ .

الثاني : وعلى فرض صحته ، فإنه لا دلالة فيه على ما ذهبوا إليه من وجهين :

أحدهما : أنه محمول على من كان غائباً غياباً منقطعاً لا يعرف فيه خبره . فخرج من ذلك من عرف خبره ، وعلم موضعه ، وكانت مكاتبته ممكنة .

الثاني : أنه ينص على أن امرأة المفقود تبقى زوجة ولا يفرق بينهما حتى يأتيها البيان ، والمرأة في هذه الحالة قد أتاها البيان ، حين كتب للزوج فأبى الرجوع ، فلزم التفريق بين الأمرين .

الدليل الثاني :

أن العصمة بين الزوجين قائمة بحكم العقد ، فلا تزول وإن طالت غيبته . لعدم وجود ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما [١].

يناقش : بأن منقوض بالفسخ من الحاكم على العنين ، فكما أنه جاز للحاكم أن يفرق بين العنين وامرأته ، فإنه لا يسوغ أن يمنع من التفريق بغياب الزوج عن زوجته .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن للزوجة الخيار في طلب فسخ النكاح بسبب غياب زوجها، بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [٢].

---

(١) انظر : مغنى المحتاج ٥/٩٨ . المغني ١١/٢٥٠.

(٢) سورة البقرة : آية (٢٢٩)

وجه الدلالة :

دلت الآية بعمومها على أن الزوج يجب عليه إمساك زوجته بالمعروف ، فإن تعذر ذلك بأي سبب تعين التسريح بإحسان ، ومغيب الرجل عن زوجته الأيام والليالى الطوال ليس من الإمساك بمعروف ، وإنما من الإمساك ضراراً فتعين التسريح بإحسان ، فإن امتنع فالحاكم له أن يفرق بينهما ويفسخ النكاح رفعاً للظلم ودفعاً للضرر [١].

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " [٢].

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن المرأة يلحقها من الضرر البالغ الذي ربما لا تقدر على معايشته بسبب حرمانها مما ركب الله فيها من طبيعة بشرية من جميع جوانبها، في حين أن الضرر الذي يلحق الرجل من فسخ النكاح لا يقابل بالضرر الواقع على المرأة إذ بإمكانه أن ينكح امرأة أخرى ، بخلاف الزوجة فإنها إن لم يفسخ نكاحها ، فإنها لا تتمكن من ذلك ، فيرفع هذا الضرر عنها بالتفريق ، واختيار أهون الشرين وأخف الضررين متعين ، وأهونهما وأخفهما بلا شك فسخ النكاح [٣].

الدليل الثالث :

ما روي عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب ؓ خرج ليلة يحرس الناس ، فمر بامرأة وهي في بيتها وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه   وطال على ألا خليل ألاعبه

---

(١) انظر : المبسوط ٩٧/٥ .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : المبسوط ٩٧/٥ . الفرقة بين الزوجين للشيخ على حسب الله ١٤٤ .

فوالله لولا خشية الله وحده　　　لحرك من هذا السرير جوانبه

فلما أصبح عمر أرسل إلى المرأة، فسأل عنها، فقيل: هذه فلانة بنت فلان وزوجها غاز في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة، فقال: كوني معها حتى يأتي زوجها، وكتب إلى زوجها فأقفله، ثم ذهب إلى حفصة بنته، فقال لها: يا بنية! كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت له: يا أبه! يغفر الله لك أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال لها: إنه لولا أن شيئاً أريد أن أنظر فيه للرعية، ما سألتك عن هذا، قالت: أربعة أشهر، أو خمسة أشهر، أو ستة أشهر، فقال عمر: يغزو الناس يسيرون شهراً ذاهبين، ويكونون في غزوهم أربعة أشهر، ويقفلون شهرا. فوقَّت ذلك للناس من سنتهم في غزوهم [1].

وجه الدلالة:

أن توقيت عمر للجند بالغياب ستة أشهر فقط في أثناء غزواتهم، يدل على عدم جواز الزيادة على هذه المدة خوفاً من الفتنة على الزوجات حال غياب

---

(١) أخرجه عبد الرزق في المصنف ـ كتاب الطلاق ـ باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق؟ (١٥١/٧ ـ ١٥٢) وسعيد بن منصور في السنن ـ كتاب الجهاد ـ باب الغازي يطيل الغيبة عن أهله (١٧٣/٢ ـ ١٧٤) والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب السير ـ باب الإمام لا يجمر بالغزي (٢٩/٩). وهذان البيتان قد وردا بصيغ مختلفة، وذلك في المصنف (١٥١/٧ ـ ١٥٢): فجاء امرة بـ:

تطاول هذا الليل واخضلّ جانبه　　　وأرّقني إذ لا خليل ألاعبه

فلولا حذار الله لا شيء مثله　　　لزُعزع من هذا السرير جوانبه

ومرة ثانية بـ:

تطاول هذا الليل واسود جانبه　　　وأرقني إذ لا حبيب ألاعبه

فلولا الذي فوق السماوات عرشه　　　لزُعزع من هذا السرير جوانبه

أزواجهن ، لبقائهن وحيدات دون عائل أو أنيس : فإن أبى أن يرجع فرق بينهما[١].

يناقش : بأن هذا الأثر ليس فيه ما يدل على أنه يفسخ نكاح الغائب الذي تجاوزت غيبته هذه المدة ، فلا يصح الاستدلال به على التفريق ، وإنما غاية ما أفاده أنه ليس للزوج أن يغيب عن امرأته أكثر من هذه المدة .

الدليل الرابع :

القياس على التفريق بالعنة ، فكما أنه يجوز أن يفرق بين الزوجين بسبب العنة ، فكذلك يجوز التفريق بينهما بسبب غياب الزوج ، بجامع الضرر في كل منهما [٢].

الراجح :

القول الذي ترجح عندي مما سبق هو القول الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وإعطاء الزوجة الخيار في طلب الفسخ بسبب غياب الزوج إن كان غيبه بغير عذر ، لأن ضبط الغيبة التي تعطي الزوجة الخيار في الفسخ بأن تكون من غير عذر أضبط من إطلاقها بمجرد الغياب ـ سواء كان بعذر أو بغير عذر ـ ، والعدل أن يقال : بأن لا يستوي من كانت غيبته للسياحة والنزهة ، ومن كانت غيبته في أمر لابد منه كسفر واجب نحو جهاد وحج ، أو سفر لطلب الرزق أو العلم ، فلا يمكن أن يعاقب من كانت هذه هي غيبته ، فيفرق بينه وبين زوجته مادام قد ترك لها ما يكفيها من النفقة والمحرم الذي يعينها على قضاء الحاجات ويحفظها من التهمة والفتنة ، فوجب أن يقتصر التفريق على غيبته التي تكون بلا عذر .

---

(١) انظر : المغني ٢٤٠/١١ ، ٢٤١ ، المبدع ١٩٩/٧.

(٢) انظر : كشاف القناع ١٩٣/٥.

وأما تحديد مدة الغيبة بستة أشهر فهذا لا نص فيه ، والأولى أن يترك لاجتهاد الإمام وأهل الخبرة . فيقدرون المدة من خلال النظر في الظروف والملابسات المحيطة بكل حالة . سواء زادت عن ستة أشهر أم نقصت ، وفعل عمر يقتضيه ، فإنه عندما أراد أن يضرب هذه المدة سأل أهل الخبرة فهدي إلى هذه المدة ، وهذا يدل على أن التقدير ليس أمراً تعبدياً ، وإنما هو محض الاجتهاد الذي يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

الفصل الخامس

الآثار المترتبة على الرجوع

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أثر الرجوع على العدة .

المبحث الثاني : أثر الرجوع على الصداق .

المبحث الثالث : أثر الرجوع على النفقة والسكنى .

الفصل الخامس

الآثار المترتبة على الرجوع

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

أثر الرجوع على العدة (١)

لمعرفة أثر الرجوع في عقد النكاح على العدة لابد من معرفة الوقت الذي تمت فيه الفرقة باعتبار الدخول وعدمه . حيث إن لكل حالة حكماً مستقلاً ، وهي على النحو الآتي :

الحال الأولى : إذا وقعت الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة .

اتفق الفقهاء على أن المرأة المفارقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة لا تلزمها عدة (٢)، وذلك لما يلي :

أولاً : لقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ (٣).

---

(١) العدة لغة : مأخوذة من العد والحساب . والعد في النفقة : الإحصاء ، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الإقراء أو الاشهر غالبا . وجمع العدة : عدد . كسدرة وسدر .
انظر : لسان العرب مادة (عدد)
واصطلاحاً : هي اسم عدة تتربص المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها .
انظر : فتح القدير ٢٧٥/٤ . مواهب الجليل ٥ ٤٧٠ ، مغني المحتاج ٧٨/٥، المبدع ١٠٧/٨.

(٢) انظر : المبسوط ١٠٤/٥، بدائع الصنائع ٢ ٢٧٨ ، فتح القدير ٢٧٦/٤، بداية المجتهد ١٠٩٤/٣ ، مواهب الجليل ٥ ٤٧١. حاشية الدسوقي ٤١١/٥ ، الأم ٣١٥/٥ ، روضة الطالبين ٣٤٠/٦ . مغني المحتاج ٥ ٧٨ . المبدع ٨ ١٠٧، الانصاف ٢٧٠/٩ . كشاف القناع ٤٨١/٥.

(٣) سورة الأحزاب . آية (٤٩)

وجه الدلالة :

إن الآية نصت على أنه لا عدة على المفارقة قبل المسيس ، وهذا أمر مجمع عليه [١].

ثانياً : إن العدة تجب لاستبراء الرحم ، وقد علم ذلك بانتفاء سبب الشغل[٢].

الحال الثانية : إذا وقعت قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة .

اختلف في وجوب العدة في هذه الحال على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن العدة تجب بالخلوة الصحيحة .

وهو قول الحنفية [٣]، والمالكية [٤]، وقول الشافعي في القديم [٥]، وقول الحنابلة [٦].

جاء في بدائع الصنائع : "وشرط وجوبها ـ العدة ـ الدخول أو ما يجري مجرى الدخول ـ وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح "[٧]، وجاء في مواهب الجليل : " تعتد حرة أطاقت الوطء بخلوة بالغ "[٨]، وجاء في مغني المحتاج :

---

(١) انظر : احكام القرآن لابن العربي ٣ ٥٨٧.

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢/٢٧٨ . المبدع ٨/١٠٧.

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢/٢٧٨ . تبيين الحقائق ٣/٢٦، حاشية ابن عابدين ٣/١٢٢.

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٢٢ ، مواهب الجليل ٥/٤٧٠ ، حاشية الدسوقي ٥/٤١١.

(٥) انظر : مغني المحتاج ٥/٧٩ . كفاية الأخيار ٢/٧٩.

(٦) انظر : المبدع ٨/١٠٧ . الانصاف ٩ ٢٧٠ . كشاف القناع ٥/٤٨٢.

(٧) /٢٧٨.

(٨) ٥/٤٧٠.

والقديم: أن الخلوة الصحيحة تقام مقام الوطء "[١]، وجاء في الإنصاف: "وإن خلا بها وهي مطاوعة فعليها العدة "[٢].

القول الثاني : لا تجب العدة بالخلوة مطلقا .

وهو قول الشافعي في الجديد [٣]، وقول عند الحنابلة [٤]، وقول الظاهرية[٥].

جاء في مغني المحتاج : "ولا تجب العدة بخلوة مجردة عن وطء في الجديد"[٦]، وجاء في الإنصاف : " لا عدة بخلوة مطلقاً " [٧].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بوجوب العدة على المفارقة بعد الخلوة وقبل الدخول ، بما يلي :

الدليل الأول :

ما روي عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة "[٨].

---

(١) ٥/٧٩.

(٢) ٩/٢٧٠.

(٣) انظر : روضة الطالبين ٦/٣٤٠ . مغني المحتاج ٥ ٧٩، كفاية الأخيار ٢/٧٩

(٤) انظر : المحرر ٢/١٠٣ ، المبدع ٨/١٠٧ ، الإنصاف ٩/٢٧٠.

(٥) انظر : المحلى ١٠/٢٥٦.

(٦) ٥/٧٩.

(٧) ٩/٢٧٠.

(٨) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ـ كتاب النكاح ـ باب وجوب الصداق (٦/٢٨٨)، وابن أبي شيبه في المصنف ـ كتاب النكاح ـ باب من قال : إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق (٣/٥٢٠)، وسعيد بن منصور في السنن ـ كتاب النكاح ـ باب فيما يجب به الصداق (١/٢٣٤)، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب الصداق ـ باب من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب الصداق (٧/٢٥٥).

وجه الدلالة :

أن الخلفاء الراشدين أوجبوا العدة على المفارقة بعد الخلوة الصحيحة ولم يخالفهم في ذلك أحد فكان إجماعا [١].

الدليل الثاني :

أن النكاح عقد على المنافع والتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام كالإجارة [٢].

الدليل الثالث :

أن هذه الخلوة توجب المهر كاملاً ، فلأن توجب العدة أولى ، لأن المهر خالص حق العبد . وفي العدة حق الله فيحتاط فيها [٣].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم وجوب العدة بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ [٤].

وجه الدلالة :

إن العدة إذا كانت لا تجب قبل الوطء . فمفهوم ذلك عدم وجوب العدة بالخلوة بالمرأة ما لم يطأها ، فإن المس هنا المراد به الوطء [٥].

---

(١) انظر : المقنع ٣ ٢٦٩ ، المبدع ٨ ١٠٨
(٢) انظر : كشاف القناع ٤٨١/٥
(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢٧٨/١.
(٤) سوره الأحزاب : آيه (٤٩).
(٥) انظر : مغني المحتاج ٧٩/٥.

نوقش : بأن قياس من خلي بها على من لم يخل بها غير صحيح ، لأن المرأة التي لم يخل بها لم يوجد منها التمكين ، والمرأة المخلو بها وجد منها التمكين وذلك بالخلوة ، والتمكين في النكاح يجري مجرى الاستيفا

الراجح :

تبين لي مما سبق رجحان القول الأول الحاكم بوجوب العدة على المفارقة بعد الخلوة الصحيحة ، وذلك لما تقدم ، ولأن الخلوة تنزل منزلة الوطء لأنها مظننة ، فالخلوة سبب مفض إليه فأقيمت مقامه ، إقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط به .

الحال الثالثة : إذا وقعت الفرقة بعد الدخول

اتفق الفقهاء على وجوب العدة على من فارقتها بعد الدخول[٢] .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾[٣].

وجه الدلالة : دلت الآية على أن عدة المطلقات اللاتي يحضن ثلاثة قروء . والفسخ في معنى الطلاق [٤].

ثانياً : أن الفرقة وقعت بعد الدخول وهو مظنة لاستغلال الرحم بالحمل ، فتجب العدة لاستبرائه [٥].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٣/١٤٢ ، شرح الزركشي

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٧٨/٢ ، تبيين الحقائق ٢٧٦/٤ ، بداية المجتهد ١٠٩٤/٣ ، روضة الطالبين ٣٤٠/٦ ، مغني المبدع ١١٦/٨ ، الإنصاف ٢٧٨/٩.

(٣) سورة البقرة : آية (٢٢٨).

(٤) انظر : المبدع ١١٦/٨ ، كشاف القناع ٥/

(٥) المصدرين السابقين .

المبحث الثاني

أثر الرجوع على الصداق

تقدم أن المفارقة بالفسخ لها ثلاث حالات ، فإذا أردنا أن نعرف أثر هذه الفرقة على الصداق فإنه لابد من بيانها على النحو الآتي :

الحال الأولى : إذا وقعت الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : إن للزوجة نصف الصداق .

وهو قول الحنفية ـ إن كان الصداق مسمى ـ [١]،والظاهرية [٢].

جاء في بدائع الصنائع : " ولها نصف المهر إن كان مسمى " [٣]،وجاء في المحلى : "ومن طلق قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق والذي سمى لها " والفرقة تأخذ حكم الطلاق "[٤].

القول الثاني : لا يجب للزوجة على زوجها شيء من المهر .

وهو قول المالكية [٥] والشافعية [٦] . والحنابلة [٧].

جاء في حاشية الدسوقي : " وإن وقع الاختيار مع الرد قبل البناء فلا صداق لها سواء وقع بلفظ الطلاق أو غيره " [٨] وجاء في روضة الطالبين :

---

(١) انظر : المبسوط ١٠٤/٥ ، اللباب ١٦/٣، ١٧ . بدائع الصنائع ٤٨٢/٢.

(٢) انظر : المحلى ٧٣/٩.

(٣) ٤٨٢/٢.

(٤) ٩ ٧٣. .

(٥) انظر : مواهب الجليل ١٥٨/٥. حاشية الدسوقي ٥ ١١٧ .

(٦) انظر : المهذب ٤٥٠/٢ . روضة الطالبين ٥ ٥١٥ . مغني المحتاج ٣٤٣/٤.

(٧) انظر : المغني /٦٢ ، المبدع ١٦١ ، الإنصاف ٢٨٠.

(٨) ١١٧/٥ .

"الفسخ... إن كان قبل الدخول سقط كل المهر"[١]، وجاء في المغني :" أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة "[٢].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن المفارقة لها نصف الصداق بما يلي:

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾ [٣].

وجه الدلالة :

أن الطلاق بصريح الآية موجب لنصف المسمى ، والفرقة بالفسخ تأخذ حكم الطلاق ، فإن هذه الفرقة وقعت بعد عقد صحيح ، مكتمل الشروط والأركان ومسمى فيه الصداق ، فوجب للزوجة نصفه بالفرقة قبل الدخول كما لو كانت الفرقة بطلاق [٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن المفارقة لا تستحق شيئاً من الصداق بما يلي:

الدليل الأول :

أن الرجوع إن كان من قبل المرأة بسبب عيب في الرجل أو إعساره ونحو ذلك ، فإنها هنا قد اختارت الفراق قبل الاستيفاء وذلك بوطئها ، فإن اختارت

---

(١) ٥/٥١٥.

(٢) ١٠/٦٢.

(٣) سورة البقرة : آية (٢٣٧)

(٤) انظر : المبسوط ٥ ١٠٤ . المحلى ٩ ٧٤

نفسها رجع العوض إلى الزوج لعدم الانتفاع بالمعقود عليه ، أما إن كان من قبل الزوج بسبب عيب في المرأة فلا حق لها في الصداق بسبب تدليسها عليه [١].

يناقش : بأن اعتبار البضع هو المعقود عليه في عقد النكاح باطل . فغاية عقد النكاح بشأن البضع ـ أنه مبيح للتمتع به فقط ، أما اعتباره بأنه محل العقد فهذا بعيد كل البعد عن الحق ، مع ما فيه من امتهان لحقيقة العقد القائم على مباديء سامية وعلاقات وثيقة ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن اختيار المرأة الرجوع لم يكن منها ابتداء ، وإنما جاء بعد تعذر البقاء مع هذا الزوج . فالتحقيق أن الفرقة هنا من جهة الزوج ، إذ هو السبب الرئيس في وقوعها .

الراجــح :

تبين لي من خلال هذا العرض رجحان القول الأول : بأن المفارقة بفسخ إذا وقعت فرقتها قبل الدخول فإن لها نصف الصداق ، لدلالة الآية على ذلك ، فقد جاء فيها أن المفارقة بطلاق تستحق نصف الصداق إن وقعت الفرقة قبل الدخول، فيكون للمفارقة بفسخ ونحوه مثل حكمها ، لاشراكهما في المعنى ، وهو أن الفرقة في الجميع وقعت قبل الدخول في نكاح صحيح .

الحال الثانية : إذا وقعت الفرقة قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة .

نقل غير واحد من أهل العلم الإجماع على أن المرأة المفارقة قبل الدخول وبعد الخلوة تستحق كامل المهر . غير أن الحقيقة على خلاف ذلك ، فالمسألة لا إجماع فيها ، بل الخلاف فيها قوي [٢]، فقد اختلف العلماء فيها على قولين :

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي ١١٧/٥ ، المغني ٦٢/١٠.

(٢) انظر : نوادر الفقهاء ٨٩ ، ٩٠ ، الكفاية شرح الهداية ٢١٨/٣ .

القول الأول : يجب كامل الصداق بالخلوة .

وهو قول الحنفية [١] والمالكية ـ في أحوال [٢]، والشافعي في القديم [٣]، والمذهب عند الحنابلة [٤].

جاء في اللباب : "ولها كامل المهر إن كان قد خلا بها "[٥]، وجاء في الذخيرة : أن الخلوة موجبة للصداق في حالين : الأولى: إذا ادعت المرأة المسيس سواء صدقها الزوج أو كذبها بشرط أن تكون الخلوة في بيته أو في بيت الزوجة إن كان دخوله عليها دخول بناء ، والثانية : إذا طال مكثه عندها يتلذذ بها ، ولو قال لم أجامعها وصدقته " [٦]، وجاء في مغني المحتاج : في القديم ويستقر بالخلوة في النكاح الصحيح بحيث لم يكن مانع حسي كرتق أو شرعي كحيض "[٧]، وجاء في المغني : " الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها "[٨].

القول الثاني : لا يستقر كامل الصداق إلا بالوطء . أما بالخلوة فلها نصف الصداق.

---

(١) انظر : اللباب ٢٥/٣ ، البناية ٤٠٢/٤.

(٢) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، المنتقى ٢٩٢/٣ ، الذخيرة ٣٧٥/٤ ، ٣٧٦.

(٣) انظر : الأم ٣١٥/٥ ، مغنى المحتاج ٤ ٣٤٣ ، تكملة المجموع ١٦ ٣٤٧.

(٤) انظر : المغني ١٥٣/١٠ ، الشرح الكبير ٧٧/٨ ، المبدع ٧ ١٧٣.

(٥) ٢٥/٣ .

(٦) ٣٧٥/٤ ، ٣٧٦.

(٧) ٣٤٣/٤.

(٨) ١٥٣/١٠.

وهو قول المالكية [١]، والشافعي في الجديد [٢]، ورواية عند الحنابلة [٣]، وقول الظاهرية [٤].

جاء في بداية المجتهد : "لا يجب بارخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس"[٥]، وجاء في مغني المحتاج : " يستقر المهر بالوطء ـ وإن حرم ـ كحائض.. لا بخلوة في الجديد " [٦]، وجاء في الإنصاف : " من الأصحاب من حكى رواية بأن المهر لا يستقر بالخلوة بمجردها بدون الوطء ، وأنكر الأكثرون هذه الرواية "[٧]، وجاء في المحلى :"ومن طلق قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الذي سمى ، وكذلك لو دخل بها ولم يطأها ـ طال معها أو لم يطل ـ "[٨].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن المفارقة تستحق كامل الصداق بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض...﴾ [٩].

وجه الدلالة :

أن المولى ﷻ نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة ، فإن الإفضاء

---

(١) انظر : بداية المجتهد ٢ ٩٧٢ . احكام القرآن لابن العربي ٢٩٢/١ . الذخيرة ٣٧٥/٤

(٢) انظر : الأم ٣١٥/٥ . مغني المحتاج ٤ ٣٤٣ ، تكملة المجموع ٣٤٨/١٦.

(٣) انظر : شرح الزركشي ٣١٧/٥ . الشرح الكبير ٧٧/٨ ، الإنصاف ٢٨٣/٨.

(٤) انظر : المحلى ٧٣/٩.

(٥) ٩٧٢/٢.

(٦) ٣٤٣/٤ .

(٧) ٢٨٣/٨ .

(٨) ٧٣/٩.

(٩) سورة النساء : آية (٢١).

عبارة عن الخلوة. ومنه سمى المكان الخالي فضاء"[١]. قال الفراء[٢] : إن الإفضاء هو الخلوة وطأ فيها أو لم يطأ ، ومأخذ اللفظ دليل على أن المراد منه الخلوة الصحيحة لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض . وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء ولا حاجز يمنع من إدراك ما فيه ، فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه "[٣].

نوقش : بأن تفسير الإفضاء بالخلوة لا يصح ، فقد فسر الإفضاء بأنه الغشيان ــ وهو تفسير الفراء أيضا ــ ، وفسره ابن قتيبة[٤] بأنه الجماع ، فكان تفسير الإفضاء بالخلوة محجوجا بما روي من تفاسير أخرى مخالفة له[٥].

يجاب: بأن حمل اللفظ على حقيقته أولى من حمله على الكناية ، وحقيقته أنه مأخوذ من الفضاء .

الدليل الثاني :

قوله ﷺ : من كشف قناع امرأة ونظر إليها فلها المهر كاملاً دخل بها أو لم يدخل "[٦].

---

(١) انظر : المبسوط ١٤٩/٥ . الكفاية ٢١٦/٣

(٢) هو أبو زكريا الفراء يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي . أخذ عن الكسائي وهو من جلة أصحابه، وكان أبرع الكوفيين . له مصنفات كثيرة ، منها : النحو واللغة ، ومعاني القرآن. توفي سنة ٢٠٧هـ . انظر ترجمته : شذرات الذهب (٢١٩/٢) ، وفيات الأعيان (١٧٦/٦).

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٥٩٧/١ .

(٤) هو أبو بكر عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري ، من أئمة الأدب ومن المصنفين المكثرين ، ولد ببغداد وسكن الكوفة ثم ولي قضاء الدينورة مدة فنسب إليها . له عدة مصنفات ، منها : تأويل مختلف الحديث ، مشكل القرآن . توفي سنة ٢٧٦هـ . انظر ترجمته : وفيات الأعيان (٤٢/٣)، الأعلام (٢٨٠/٤)

(٥) انظر : الحاوي ١٧٦/١٢.

(٦) أخرجه أبو داود في المراسيل . ٣١ ــ باب في المهر(١٨٥) . والدارقطني في السنن ــ كتاب النكاح ــ باب المهر (٢٠٧/٣).

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على أن من كشف قناع امرأة فحسب استقر لها كامل المهر ، وفي الخلوة كشف قناع وزيادة . فكان استحقاقها كامل المهر من باب أولى[١].

نوقش من وجهين :

الأول : أن الحديث لا يصح سنداً . فقد تكلم على بعض رواته مع إرساله[٢].

الثاني : إذا سلمنا بصحته ، فإن الجواب عنه من جهة المتن من وجهين[٣]:

الأول : محمول على أنه كني عن الجماع بكشف النقاب ، فظاهره لا يوجب المهر ، فمجرد كشف النقاب لا يجب فيه المهر عند الجميع . فأصحاب هذا القول حملوه على أنه كناية عن الخلوة ، والأولى أن يكون كناية عن الوطء .

الثاني : ليس للدخول ذكر ولا أثر ، وإنما الكشف والنظر ، وقد يفعله بغير دخول وقد لا يفعله مع الدخول . وهذا كله محتمل ولا مرجح بينهما .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٤٢/٢ . فتح القدير ٣ ٣٣٢ .

(٢) قال عنه البيهقي في السنن الكبرى (٧ ٥٦): " مرسل ومنقطع . وبعض رواته غير محتج بهم"، وقال في معرفة السنن والآثار عن الشافعي : منقطع ، وينفرد بأحد أسنيده عبد الله بن صالح ، وبالآخر عبد الله بن لهيعة، وكلاهما غير محتج به . وضعفه ابن حزم . فقال في المحلى (٩:٧٣): لا حجة فيه ، فهومرسل ، ولا حجة في المرسل . وفيه ضعيفان " ، وضعفه من المتأخرين الشيخ الألباني ــ رحمه الله ــ فقال في ارواء الغليل (٦ ٣٥٦) : "علة الحديث أنه مرسل ، لأن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان تابعي ".

(٣) انظر : الحاوي ١٧٦/١٢ . المحلى ٩، ٧٤ .

الدليل الثالث :

أن ذلك روي عن غير واحد من الصحابة ، وهي قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد فكان إجماعاً . فروي عن زرارة ، قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة "[١].

نوقش هذا الدليل من وجوه [٢]:

الأول : أن دعوى إجماع الصحابة لا تصح ، فقد خالف ابن مسعود وابن عباس في ذلك .

الثاني : أن قضاءهم ليس على ظاهره ، وإلا لاقتضى أن يكون لها المهر مع العجز سواء خلا أم لا .

الثالث : حمل ابن حزم أثر عمر على أنه حادثة عين ، وذكر القصة التي جاء فيها قول عمر ، فقال : " تزوج رجل جارية ، فأراد السفر فأتاها في بيتها وخلا بها ، فأرادها فمنعت نفسها فصب ماءه فسرى الماء فحملت فرفعت ذلك لعمر فأرسل لزوجها فصدقها . فقال عمر : " من أغلق ..." "[٣].

الرابع : أنه قد اختلف النقل عن الصحابة ، فوجب الرد عند التنازع إلى القرآن والسنة ، وقد وجدنا في القرآن أنه لم يوجب لها قبل الوطء إلا نصف الصداق .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن المفارقة في هذه الحالة لها نصف الصداق بما يلي :

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) انظر : الحاوي ١٧٦/١٢ . المحلى ٧٦/٩ ، ٧٧ .

(٣) ٧٧/٩ .

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾[١].

وجه الدلالة :

أن المراد بالمسيس في هذه الآية الجماع ، وذلك بالإجماع على أنه كناية عن الوطء[٢]. قال ابن عباس : " إن الله يكني عن القبيح بالحسن كما كنى عن الجماع بالمس "[٣].

نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه [٤]:

الأول : أن هذا التوجيه مخالف لما ثبت عن الصحابة حيث حكموا : بأنه الخلوة ، وهؤلاء لا يخلو أمرهم من أن يكونوا تأولوا ذلك من طريق اللغة ، ولا شك أن الصحابة أعلم باللغة ممن جاء بعدهم ، أو من جهة الشرع ، والشرع لا يؤخذ إلا عن طريق التوقيف ، فغير جائز تأويل اللفظ على ما ليس باسم له في الشرع ولا في اللغة .

الثاني : لو كان المراد به الجماع ، فليس يمتنع أن يقوم مقامه ما هو مثله وفي حكمه وهو الخلوة الصحيحة .

الثالث : أنهم اتفقوا على أنه لم يُرد حقيقة المس باليد ، فتأوله بعضهم على الجماع وبعضهم على الخلوة ، ومتى كان اسماً للجماع فهو كناية عنه وجائز أن يكون كذلك ، وإذا أريد به الخلوة سقط اعتبار ظاهر اللفظ لاتفاق الجميع على أنه

---

(١) سورة البقرة :آية (٢٣٧)

(٢) انظر . الأم ٢١٥/٥ . الحاوي ١٧٥/١٢.

(٣) انظر : المبسوط ١٤٩/٥.

(٤) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٥٩٨/١ ، المغني ١٥٤/١٠.

لم يرد حقيقة معناه وهو اللمس باليد فوجب طلب الدليل على الحكم من غيره ، وقد جاءت السنة مبينة ذلك الحكم .

الدليل الثاني :

ما روي عن ابن عباس أنه قال : إذا طلق قبل أن يدخل فلها نصف الصداق، وإن كان قد خلى بها "[١]، وروى عن ابن مسعود ــ أيضاً ــ أنه قال : "لها نصف الصداق وإن جلس بين رجليها"[٢].

نوقش من وجهين :

الأول : أن هذين الأثرين لم يثبتا ، فلا يصح الاحتجاج بهما [٣].

الثاني : وعلى التسليم بصحتهما ، فإنه قد ثبت ــ أيضاً ــ عن بعض الصحابة ــ ومنهم الخلفاء ــ القول بخلاف ذلك .

الراجـــح :

اتضح لي بعد عرض أدلة كل قول ، ومناقشة ما احتاج منها إلى مناقشة ، رجحان القول الأول ، وذلك لقضاء الخلفاء به ، ولما جاء من تفسير للصحابة لمعنى الإفضاء وتنزيله على الخلوة ، ولأن الخلوة مظنة الوطء في النكاح الصحيح

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ــ كتاب النكاح ــ باب وجوب الصداق ٢٩٠/٦ ، وابن أبي شيبة في المصنف ــ كتاب النكاح ــ باب من قال لها نصف الصداق ٥٢٠/٣ ، والبيهقي ــ كتاب الصداق ــ باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس ٢٥٤/٧ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ــ كتاب النكاح ــ باب من قال لها نصف الصداق (٥٢٠/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب الصداق ــ باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس (٢٥٥/٧).

(٣) أما أثر ابن عباس ، فقد قال فيه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٣٩٠/٣ : " أثر ابن عباس في إسناده ضعف". وأما أثر ابن مسعود فقد ضعفه البيهقي فقال في السنن الكبرى (٢٥٥/٧) : " أثر ابن مسعود عن طريق الشعبي، وفيه انقطاع بين الشعبي وابن مسعود ".

فتنزل منزلته ، ولأن المرأة قد حصل لها ابتذال بهذه الخلوة وتسليم نفسها له ولم يوجد مانع من جهتها ، لذا وجب لها كامل الصداق .

الحال الثالثة : إذا وقعت الفرقة بعد الدخول .

اتفق الفقهاء على أن الفرقة إذا حصلت بعد الدخول فإن للزوجة الصداق كاملاً ، لأن الصداق يجب بالعقد ويستقر بالدخول ، فلا يسقط بحادث بعده [١].

---

(١) انظر : المبسوط ١٠٢/٥ . اللباب ٢٥/٣ . بداية المجتهد ١٠٢٢/٣ ، مواهب الجليل ١٥٩/٥ ، حاشية الدسوقي ١١٧/٥ ، المهذب ٤٥٠/٢ . روضة الطالبين ٥١٥/٥ . مغني المحتاج ٣٨٨/٤ ، المغني ٦٣/١٠ ، المبدع ١٧٤/٧ ، الإنصاف ٢٨٠/٨.

المبحث الثالث

أثر الرجوع على النفقة والسكنى

لمعرفة أثر الرجوع على النفقة والسكنى ، فإننا لابد أن نفرق بين حالين للمفارقة :

الحال الأولى : أن تكون المفارقة حاملا .

حكى غير واحد من أهل العلم الإجماع على أن المفارقة البائن إذا كانت حاملاً فإنه يجب لها النفقة والسكنى (١)، وفي الحقيقة أن الإجماع لم يثبت ولم ينعقد ، والخلاف في المسألة معلوم ، فقد خالف الظاهرية في ذلك الأئمة الأربعة ، فحكاية الإجماع فيها نظر ، وعلى هذا يكون في المسألة قولان ، هما :

القول الأول : لها النفقة والسكنى حتى تضع حملها .

وهو قول الحنفية (٢)، والمالكية (٣)، والشافعية (٤)، والحنابلة (٥).

جاء في تبيين الحقائق : وتجب النفقة والسكنى لمعتدة طلاق ، ولا فرق في ذلك بين البائن والرجعي " (٦)، وجاء في التاج والإكليل : "كل حامل بانت من زوجها فلها النفقة والسكنى " (٧)، وجاء في المهذب : فإن تزوج امرأة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع أوعيب وجب لها السكنى في العدة .. وأما النفقة ..

---

(١) انظر : المغني ٤٠٢/١١ ، العدة ٤٣٢ ، المبدع ١٩٢/٨ ، الإجماع لابن المنذر ١٠٨ ، فتح القدير للشوكاني ٢٤٥/٥ .

(٢) انظر : المبسوط ٢٠١/٥ ، تبيين الحقائق ٦٠/٣ ، حاشية ابن عابدين ٦٦٩/٢.

(٣) انظر : المدونة ٤٧١/٢ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥٥٤/٥ ، حاشية الدسوقي ٤٨٨/٥ .

(٤) انظر : الأم ٢١٧/٥ ، المهذب ١٥٧/٣ ، تكملة المجموع ١٧٣/٢٠.

(٥) انظر : المغني ٤٠٢/١١ ، الشرح الكبير ١١٤/٥ ، المبدع ١٩١/٨.

(٦) ٦٠/٣.

(٧) ٥٥٤/٥ .

وإن كانت حاملاً وجبت ، فحكمها في النفقة والسكنى كالمطلقة "[١]، وجاء في المبدع : أما البائن بفسخ أو طلاق ، فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى "[٢].

القول الثاني : لا نفقة لها ولا سكنى وإن كانت حاملاً .

وهو قول الظاهرية [٣].

جاء في المحلى : " ولا سكنى لهن ـ المطلقة ثلاثاً أو آخر ثلاث أو اختارت فراقه ـ لا على المطلق ولا على ورثة الميت ولا على الذي اختارت فراقه ـ ولا نفقة " [٤].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بوجوب النفقة والسكنى للمفارقة إذا كانت حاملاً بما يلي:

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ [٥].

وجه الدلالة :

أن الله أمر بالإنفاق على الحامل حتى تضع الحمل . وهذا عامّ في جميع أنواع النفقة . وقبل ذلك أمر الله بإسكان المطلقات جملة من غير تخصيص لنوعيتها المطلقة ، فدخلت الحامل ضمناً [٦].

---

(١) ١٥٧/٣.

(٢) ١٩١/٨.

(٣) انظر : المحلى ٧٤/١٠.

(٤) ٧٤/١٠.

(٥) سورة الطلاق : آية (٦).

(٦) انظر : المغني ٤٠٢/١١ ، المبدع ١٩٢/٨.

الدليل الثاني :

ما ورد في بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت قيس أنه ﷺ قال لها : لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً "[١].

وهذا نص صريح في أن الحامل تستحق النفقة من زوجها الذي طلقها وبانت منه أو فسخ نكاحها [٢].

الدليل الثالث :

أن الحامل مشغولة بمائه فهو مستمتع برحمها ، فصار كالاستمتاع بها في حال الزوجية ، إذ الحمل مقصود بالنكاح كما أن الوطء مقصود به [٣].

الدليل الرابع :

أن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالإنفاق على الأم ، فوجبت لها النفقة [٤].

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن المفارقة الحامل لا نفقة لها ولا سكنى بما يلي :

الدليل الأول :

حديث فاطمة بنت قيس أنه ﷺ قال لها : " لا نفقة لك ولا سكنى "[٥].

---

(١) أخرجه أبو داود ــ كتاب الطلاق ــ باب في نفقة المبتوتة (٢٩٦/٣) ، والنسائي ــ كتاب الطلاق ــ باب نفقة الحامل المبتوتة (٥٢١/٦).

(٢) انظر : المبدع ١٩٢/٨ .

(٣) انظر : المغني ٤٠٢/١١ ، تكملة المجموع ١٧٤/٢٠ .

(٤) المصدرين السابقين .

(٥) أخرجه مسلم ــ كتاب الطلاق ــ باب المطلقة البائن لا نفقة لها (٩٤/١٠) ، وأبوداود ــ كتاب الطلاق ــ باب في نفقة المبتوتة (٣ ٢٩٥ ، ٢٩٦) ، والترمذي ــ كتاب الطلاق واللعان ــ باب ما جاء في المطلقة ثلاثا لا سكنى لها ولا نفقة (٤٨٤/٣) ، والنسائي ــ كتاب الطلاق ــ باب نفقة البائنة (٥٢٠/٦) ، وابن ماجه ــ كتاب الطلاق ــ باب المطلقة ثلاثا هل لها سكنى ونفقة =

وجه الدلالة :

أن الحديث عام في كل مطلقة ـ حاملا كانت أو حائلاً ـ ، إذ لم يخص عدم الوجوب بالحامل ، فوجب حمل النص على عمومه ، فلا يكون للحامل نفقة ولا سكنى [1].

يناقش : بأنه قد خص هذا العموم برواية أخرى بلفظ : " لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً ، فلا يصح التمسك باللفظ العام مع ورود ما يخصصه .

الراجـــح :

تبين مما سبق أن القول الراجح هو القول الأول الذي أخذ به الأئمة الأربعة، لقوة أدلتهم ، وسلامتها من المناقشة ، ولأن ما احتج به أصحاب القول الثاني قد ثبت ما يخصصه ، فيعمل بالعام في غير ما ورد به التخصيص ، وبهذا يكون للمفارقة ـ إن كانت حاملاً ـ النفقة والسكنى .

الحال الثانية : أن تكون المفارقة حائلاً (غير حامل).

اختلف الفقهاء في وجوب النفقة والسكنى للمفارقة إذا كانت حائلاً على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لها النفقة والسكنى معاً .

وهو قول الحنفية [2]، ورواية للحنابلة [3].

=(٦٥٦/١) ، والدارمي ـ كتاب الطلاق ـــ باب في المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة أم لا (١٦٤/٢ ، ١٦٥).

(١) انظر : المحلى ٧٥/١٠.

(٢) انظر : المبسوط ٢٠١/٥ ، تبيين الحقائق ٦٠/٣ ، البحر الرائق ٢١٦/٤.

(٣) انظر : المغني ٤٠٣/١١ ، المحرر ١١٦/٢ ، الفروع ٥٩٢/٥ ، المبدع ٨ ١٩٢.

جاء في تبيين الحقائق:وتجب النفقة والسكنى لمعتدة طلاق، ولا فرق في ذلك بين البائن والرجعي "[١]، وجاء في المبدع : وعنه لها النفقة أيضاً مع السكنى"[٢].

القول الثاني : لها السكنى دون النفقة .

وهو قول المالكية [٣]، والشافعية في المعتمد عندهم [٤]، ورواية للحنابلة[٥].

جاء في مواهب الجليل : وأما البائن فلها السكنى وليس لها النفقة إلا أن تكون حاملاً " [٦]، وجاء في المهذب : " فإن تزوج امرأة .. ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب وجب لها السكنى في العدة ، وأما النفقة فإنها إن كانت حائلاً لم تجب" [٧]، وجاء في المبدع : " وعنه : لها السكنى "[٨].

القول الثالث : لا نفقة لها ولا سكنى .

وهو قول الحنابلة [٩]، والظاهرية [١٠].

جاء في المبدع : " أما البائن بفسخ أو طلاق ، إذا لم تكن حاملاً فلا شيء لها ـــ لا النفقة ولا السكنى ــ" [١١]، وجاء في المحلى : ولا سكنى لهن ... ولا نفقة"[١٢].

---

(١) ٦٠٠٣ .

(٢) ١٩٢،٨.

(٣) انظر : المدونة ٤٧١/٤ ، القوانين الفقهية ٢٣٣ ، مواهب الجليل ٥٥٣/٥.

(٤) انظر : الأم ٢١٧/٥ ، المهذب ٢٥٧/٣ . روضة الطالبين ٣٨٥/٦.

(٥) انظر : المغني ٤٠٣/١١ . المبدع ١٩٢/٨ ، الإنصاف ٣٦١/٩.

(٦) ٥٥٣/٥.

(٧) ١٥٧/٣.

(٨) ١٩٢/٨.

(٩) انظر : المغني ٤٠٢/١١ . المبدع ١٩١/٨ ، الإنصاف ٣٦١/٩.

(١٠) انظر : المحلى ٧٤/١٠

(١١) ١٩١/٨ .

(١٢) ٧٤/١٠.

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن المفارقة ـ إذا كانت حائلا ـ لها النفقة والسكنى بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ...﴾ [١].

وجه الدلالة :

أن هذه الآية تضمنت الدلالة على وجوب نفقة الحائل التي بانت من زوجها من ثلاثة أوجه :

الأول : أن السكنى لما كانت حقاً في مال ، وقد أوجبها الله بنص القرآن، فقد اقتضى ذلك وجوب النفقة باعتبار أن السكنى بعض النفقة .

الثاني : قوله " ولا تضاروهن " والمضارة تقع في النفقة كما تقع في السكنى.

الثالث: قوله " لتضيقوا عليهن " والتضييق كما يكون في السكنى يكون في النفقة .

ثم إن الآية وإن كان الأمر فيها جاء بالإنفاق على الحامل ، إلا أنه لا ينفي وجوب الإنفاق على غير الحامل ، فيكون مسكوتاً عنه موقوفاً على قيام الدليل، وقد قامت أدلة الوجوب .

كما أن هذه الآية نص في وجوب السكنى للبائن ، وإنما قيل ذلك لأن الآية بأكملها هي : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم

---

(١) سورة الطلاق : آية (٦).

فآتوهن أجورهن بالمعروف ، وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾[1] ، فمرجع الضمائر كلها واحد ، ولما كان مرجع الضمائر في الآية واحداً وجب أن تكون هذه الآية الكريمة في البوائن [2].

نوقش هذا التوجيه للآية : بأن قصر الآية على البوائن غير مسلم ، لأنها دعوى بلا برهان ، وتخصيص للقرآن بلا دليل ، كما أن السنة دلت في خبر فاطمة: " بأنه لا نفقة لها ولا سكنى" . ولا يمكن أن يحكم رسول الله ﷺ بخلاف القرآن ، إلا أن يكون نسخا . ولا يقال بالنسخ إلا بيقين لا بالدعوى [3].

أجيب : بأنه يلزم من القول بأن الآية في الرجعيات أن تكون النفقة للمعتدة الرجعية غير واجبة إذا كانت غير حامل ، لأن وجوب النفقة مقيد بالحمل ﴿ وإن كن أولات حمل ...﴾ . وهذا القول ــ بأن الرجعية إن كانت حائلاً لا نفقة لها ــ قول باطل ، إذ العلماء متفقون على أن النفقة للرجعية واجبة مطلقاً ،حاملا كانت أم غير حامل [4].

ورد ابن القيم على هذا الجواب فقال : " ليس في الآية ضمير واحد يخص البائن ، بل ضمائرها نوعان : نوع يخص الرجعية قطعا : ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن ... ﴾[5] ، ونوع يحتمل أن يكون للبائن وأن يكون للرجعية وأن يكون لهما ، وهي قوله : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ..﴾[6] ، وقوله

---

(١) سورة الطلاق : آية (٦).

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٠٩/٤.

(٣) انظر : المحلى ٧٥/١.

(٤) انظر : الإشراف على مذاهب العلماء ٤ ٢٧٧

(٥) الطلاق آية (٢).

(٦) الطلاق آية (١).

﴿أسكنوهن...﴾[١] فحمله على الرجعية هو المتعين لتتحد الضمائر ، فلو حمل على غيرها لزم اختلاف الضمائر ومفسرها . وهوخلاف الأصل ، والحمل على الأصل أولى "[٢]، وقال أيضا : " فالآية حجة على من يوجب النفقة ، لأنه سبحانه شرط في إيجاب النفقة عليهن كونهن حوامل ، والحكم المعلق على شرط ينتفي بانتفائه ، فدل على أن البائن والحائل لا نفقة لهما ، وليس ذلك من دلالة المفهوم . بل من انتفاء الحكم عند انتفاء شرطه ، فلو بقي الحكم بعد انتفائه لم يكن شرطا"[٣].

الدليل الثاني :

قوله تعالى :﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [٤].

وجه الدلالة :

قال الشافعي : ذكر الله المطلقات جملة ، ولم يخصص منهن مطلقة دون مطلقة ، فجعل على أزواجهن أن يسكنوهن من وجدهم ، وحرم عليهم أن يخرجوهن ، وعليهن ألا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة [٥].

يناقش : بأن هذه الآية في الرجعيات لقوله تعالى في آخرها ﴿ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا﴾. والذي يرجى حصوله في هذه المدة إنما هي الرجعة لا غير .

---

(١) الطلاق آية (٦).

(٢) انظر : زاد المعاد ٥٤١/٢.

(٣) المصدر السابق .

(٤) سورة الطلاق : آية (١).

(٥) انظر : الأم ٢٣٥/٣.

الدليل الثالث :

أن النفقة والسكنى كليهما حق مالي مستحق للزوجة بحكم النكاح ، وهذه العدة حق من حقوق الزوج ، فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى ، فكذلك النفقة [١].

يناقش : بأنه تعليل في مقابلة النص ، فيسقط الاحتجاج به

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون : بأن المفارقة البائن لها السكنى فقط دون النفقة ، لأنها معتدة في نكاح صحيح تحصيناً للماء فاستوى فيه حال الزوجية وعدمها ، أما النفقة فهو للتمكين وهو خاص بالزوجية ، وبانقطاعها انعدم سببها فأصبحت غير مستحقة [٢].

يناقش : بأن هذا التعليل وإن كان وجيهاً إلا أنه محكوم بالسنة الثابتة ، وهي قوله ﷺ لفاطمة : " لا نفقة لك ولا سكنى " [٣].

أدلة القول الثالث : استدل القائلون بأن المفارقة البائن لا نفقة لها ولا سكنى بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ... ﴾ [٤].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤/ ٩٠ ، تبيين الحقائق ٣/ ٦٠.

(٢) انظر : مغني المحتاج ٤/ ٣٤٤ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) سورة الطلاق : آية (٦).

وجه الدلالة :

أن الله أمر بإسكان المطلقات الرجعيات السابق ذكرهن في سياق الآيات المتقدمة ، فالضمائر كلها متحد مفسرها . وأحكامها كلها متلازمة ، فلا تدخل البائن بفسخ أو طلاق في الحكم [١].

الدليل الثاني :

قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس : " لا نفقة لك ولا سكنى " [٢].

وجه الدلالة :

أن هذه القصة وردت بألفاظ عديدة وطرق كثيرة . فهي قصة مشهورة لا تخفى ، وكلها تدل دلالة واضحة على أن البائن التي لم تحمل نفقة لها ولا سكنى "[٣].

طعن في هذا الحديث بمطاعن كثيرة ، مدارها على خمسة . هي على النحو الآتي :

المطعن الأول :

أن راوي هذا الحديث امرأة ، لم يتابعها أحد على حديثها . وهذا المطعن جاء عن أمير المؤمنين عمر حيث قال : " لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت .." [٤].[٥]

أجيب بما يلي [٦]:

---

(١) انظر : زاد المعاد /٥٤١.

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : المغني ١١/ ٤٠٤ . المبدع ٨ ١٩٢

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٣/٦٠ . فتح القدير ٤ ٣٦٥.

(٦) انظر : زاد المعاد /٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ . نيل الاوطار ٦ ٣٢٢

أولا : لاخلاف في أن السنن تؤخذ عن المرأة كما تؤخذ عن الرجل ، وكم من سنة تلقاها الأئمة عن امرأة واحدة من الصحابة ، وما انفردن به كثير ، فقد أخذ الناس بحديث فريعة بنت مالك في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها وقبلوه دون نكير ، وليست فاطمة بدونها علماً وجلالة وثقة .

ثانياً : أن فاطمة من فقيهات الصحابة ، بل هي من أفقه الصحابيات بلا شك، ولها منزلة ومكانة وقدم ، فهي من المهاجرات الأول ، وقد رضيها الرسول لحبه وابن حبه ، وهو الذي خطبها له . ويعرف مقدار حفظها وعلمها بالنظر في حديث الدجال الطويل الذي حدث به النبي على المنبر فوعته فاطمة وحفظته ، وأدته كما سمعته ، ولم ينكره عليها أحد مع طوله وغرابته ، فكيف بقصة جرت لها وهي سببها وخاصمت فيها ، وحكم فيها بكلمتين " لا نفقة لها ولا سكنى " والعادة توجب حفظ هذا وذكره .

ثالثاً : احتمال النسيان فيه أمر مشترك بينها وبين غيرها ، فهذا عمر نسي تيمم الجنب وذكره عمار بن ياسر أمر الرسول ﷺ بالتيمم من الجنابة فلم يذكر عمر ، وأقام على أن الجنب لا يصلى حتى يجد الماء ، وينسى قوله تعالى : ﴿وإن أردتم استبدال زوج ...﴾ [1] حتى ذكرته به امرأة فرجع إلى قولها ، ونسي قوله : ﴿ إنك ميت وإنهم ميتون﴾ [2] حتى ذكر به ، فإن كان جواز نسيان الراوي يوجب سقوط روايته سقطت رواية عمر التي عارضتم بها خبر فاطمة ، وهذا بطال بلا شك ، فإن كان ذلك لا يوجب سقوط روايته بطلت المعارضة بذلك . ولو ردت السنن بمثل هذا لم يبق بأيدي الأمة منها إلا اليسير .

---

(١) سورة النساء : آية (٢٠).

(٢) سورة الزمر : آية (٣٠).

المطعن الثاني :

أن رواية فاطمة تضمنت المخالفة لظاهر القرآن : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم .. ﴾ [١] [٢].

أجيب على هذا : بأن حديث فاطمة لا يحتمل إلا أحد أمرين [٣]:

الأول : إما أن يكون تخصيصاً للعموم الوارد في القرآن .

الثاني : وإما أن يكون بياناً لما أريد به ، وموافقاً لما أرشد إليه سياقه وتعليله، فالقرآن لم يخص البائن بأنها لا تَخْرج ولا تُخْرج ، وأنها تسكن من حيث يسكن زوجها ، بل إما أن يعمها ويعم الرجعية ، وإما أن يخص الرجعية ، فإن عم النوعين فالحديث مخصص لهذا العموم ، أما إن خص الرجعيات ، وهو الصواب للسياق ، فالحديث ليس مخالفا للقرآن بل موافقاً له . وقد أنكرت فاطمة هذا المطعن أشد الإنكار فقالت: بيني وبينكم كتاب الله ، قال تعالى : ﴿ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ [٤]، وأي أمر يحدث بعد الثلاث .

المطعن الثالث :

أن روايتها قد عورضت برواية عمر بأن لها السكنى والنفقة . فقد قال في ذلك ، لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا " وهذا في حكم المرفوع [٥].

الجواب : أن القول بأنه قد روي عن عمر مرفوعاً " لها السكنى والنفقة" غير صحيح ، فلو كان عنده سنة ثابتة فعلاً لما تكلمت فاطمة، ولعورضت بها ، بل كانت المعارضة بأنها مخالفة للقرآن .

---

(١) سورة الطلاق : آية (٦).

(٢) انظر : فتح القدير ٣٦٥،٤.

(٣) انظر : زاد المعاد /٥٣٦ . ٥٣٧ . نيل الأوطار ٣٢١/٦ .

(٤) سورة الطلاق : آية (١).

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٦٠/٣ ، فتح القدير ٣٦٦/٤.

ومن له إلمام بسنة الرسول ﷺ لشهد شهادة أنه لم يكن عند عمر سنة أن للمطلقة ثلاثاً السكنى والنفقة ، أما ولم يثبت فإنه لا حجة بقول أحد مقابل ما ثبت عنه ﷺ ، فإن قصة فاطمة وما جاء فيها مرفوعة ، وما جاء عن عمر محض رأي استقاه من ظاهر القرآن (١). وهو ﷺ وإن كان مجتهداً إلا أن اجتهاده محكوم بما ثبت عنه ﷺ .

المطعن الرابع :

يسقط الاحتجاج بهذا الحديث لاضطرابه ، فإنه جاء بلفظ : طلقها البتة ، وجاء طلقها ثلاثاً . وجاء أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت من طلاقها ، وجاء طلقها أبو عمر بن حفص ، وجاء طلقها أبو حفص بن المغيرة ، فلما اضطرب سقط الاحتجاج به (٢).

أجاب البيهقي على هذا المطعن ، فقال : " بأن هذا الاضطراب لا يضعف الحديث ، ذلك لأن الحكم واحد . وهو أنه لا سكنى لها ولا نفقة ، ثم إن بعض هذه الروايات التي توحي إلى وجود الاضطراب بعضها ضعيف لا يثبت ، وما ثبت قد أجيب عنه . مثل : اختلاف اسم مطلقها ، فالذي عليه الجمهور أنه عمرو بن حفص ، ومع تغيره فإنه لا يضر ، ولا يقدح في الحديث ، كيف وقد قال بالحديث من سمينا من الصحابة والتابعين "(٣).

المطعن الخامس :

أن خروج فاطمة من المنزل لم يكن لأنه لا حق لها في السكنى ، بل لأذاها أهل زوجها بلسانها ، فلم يكن لها سكنى ولا نفقة لسقوطها عنها بسبب تطويل لسانها على أحمائها . فلعلها أخرجت لذلك. ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا

---

(١) انظر : المغني ١١/٤٠٤ ، المبدع ٨/١٩٢ ، زاد المعاد /٥٣٩ ، ٥٤٠.

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٣/٦٠ . فتح القدير ٤/٣٦٧ ، ٣٦٨ .

(٣) السنن الكبرى ٧/٤٧٥ .

يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ ، وهو أن تفحش على أهل الرجل فتؤذيهم ، فعلم أنه لم يفرض لها الرسول ﷺ لأجل ذلك ، لأنها تكون به ناشزاً ، وشرط وجوب النفقة أن تكون محبوسة في بيته "(١).

أجاب ابن القيم على هذا ، فقال : " هذا كلام فيه اعتداء وظلم بلا بينة ولا برهان ، فهو كلام سمج وتأويل غير عادل ، فالمرأة من خيار الصحابيات ، ومن المهاجرات الأول ، وممن لا يحملها رقة الدين وقلة التقوى على فحش يوجب إخراجها من دارها ، وأن يمنع حقها الذي جعله الله لها ونهى عن إضاعته ، وكيف لم ينكر النبي هذا الفحش ، ويقول لها : اتق الله ، وكفي لسانك عن أذية أهل زوجك ، واستقري في مسكنك "(٢).

الراجح :

بعد دحض جميع المطاعن التي وجهت إلى حديث فاطمة بنت قيس ، فإني أميل إلى القول الثالث الذي أخذ بالحديث وعمل به ، إذ هو نص في محل النزاع ، وهو موافق لظاهر القرآن خلافا لمن قال خلاف ذلك ، ثم إن النفقة إنما تجب للزوجة ، فإذا فارقها زوجها بفسخ صارت أجنبية عنه ، حكمها حكم سائر الأجنبيات ، ولم يبق إلا مجرد اعتدادها منه ، وذلك لا يوجب لها نفقة ، ولأن النفقة لو وجبت عليه لأجل عدتها لوجبت للمتوفي عنها من ماله ، ولا فرق بينهما، ولم يقل أحد بوجوب نفقة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حائلاً .

---

(١) انظر : فتح القدير ٣٦٦/٤ .

(٢) انظر : زاد المعاد /٥٣٨.

الفصل السادس

الرجوع بالخلع وأثره

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الرجوع بالخلع .

المبحث الثاني : أثر الرجوع بالخلع على العدة

الفصل السادس

الرجوع بالخلع وأثره

المبحث الأول

الرجوع بالخلع[1]

لا خلاف بين الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على أن الخلع جائز ومشروع ، وأن للمرأة أن تخالع زوجها بعوض تفتدي به نفسها منه . إذا خافت إن هي بقيت معه ألا تؤدي حق الله في طاعتها له ، ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا بكر بن عبد الله المزني[2]. وممن نقل الإجماع

---

(١) الخلع : أصله مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أوعليه ، تقول : خلعت الثوب أخلعه خلعاً . وخالعت المرأة زوجها ، وقد اختلعت ، أي افتدت نفسها منه بشيء تبذله فهي خالع .
انظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس مادة (خلع) (٢٠٩/٢) . لسان العرب مادة خلع (٧٦/٨) .
واصطلاحاً : اختلفت تعريفات الفقهاء للخلع نظرا لاختلافهم في حقيقته وأحكامه .
فعرفه الحنفية : بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه ، وعرفه المالكية : بأنه طلاق بعوض أو بلفظه ـ أي الخلع ـ . وعرفه الشافعية بأنه : فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع بجهة الزوج . وعرفه الحنابلة بأنه : فراق الزوج زوجته بألفاظ مخصوصة " .
انظر : حاشية ابن عابدين ٤٣٩/٣ ، الشرح الصغير ٥١٨/٤ ، كفاية الأخيار ٤٩/٢ ، شرح منتهى الإرادات ١٠٧/٣.

(٢) فذهب إلى أنه : لا يحل للزوج أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً ، وحجته في ذلك أن قوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾ سورة النساء : آية (٢٠) ناسخ للإباحة الواردة في قوله : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ سورة البقرة : آية (٢٢٩). انظر : عمدة القاري ٢٦٠/٢٠ ، فتح الباري ٣٩٥/٩ .

=

ابن عبد البر[١] وابن قدامه [٢] والعيني[٣][٤]وابن حجر[٥] .

والخلع ثابت بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد ورد فيه آيات تثبت مشروعية الخلع ، وهي :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾ [٦].

= والجواب على هذا : بأن القواعد الأصولية قد حكمت بثبوت النسخ ضرورة أن يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن الجمع بينهما . وبالنظر في هاتين الآيتين نجد أنه لا تعارض بينهما ، لأن قوله : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج ..﴾ لا يدل بأي طريق من طرق الاستدلال على تحريم الخلع ، وإنما يدل على أنه لا يحل الأخذ من صداق المرأة شيئاً إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها . وأما قوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ فيدل على أنه يجوز للرجل أن يأخذ من امرأته مالاً عن طواعية منها ورضى . عملا بقوله : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ سورة النساء : آية (٤).

انظر : المحلى ٢٣٦/١٠ ، أصول الفقه للخضري ٤٥ .

(١) نقله عنه العيني . انظر : عمدة القاري ٢٦٠/٢٠ .

(٢) انظر : المغني ٢٧٤/١٠.

(٣) هو أبو محمد محمود بن أحمد موسى ، قاضي القضاة بدر الدين العيني . أصله من حلب ، ومولده في عينتاب ، وإليها نسبته . فقيه حنفي من كبار المحدثين ، تفقه على والده . كان فصيحا باللغتين العربية والتركية . برع في التفسير والحديث واللغة والتاريخ وغيرها من العلوم . دخل القاهرة ، وولي الحسبة مرارا . من تصانيفه : عمدة القارئ في شرح البخاري ، البناية في شرح الهداية . توفي سنة ٨٥٥هـ . انظر ترجمته : شذرات الذهب (٢٨٦/٧). الأعلام (٣٨/١٢).

(٤) انظر : عمدة القاري ٢٦٠/٢٠.

(٥) انظر : فتح الباري ٣٩٥/٩ .

(٦) سورة البقرة : آية (٢٢٩).

وجه الدلالة :

بينت الآية الكريمة أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مالاً إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية ، فإن الإسلام أجاز في هذه الحالة ـ التي يحدث فيها الشقاق ويتعذر الإصلاح ـ للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لافتداء نفسها (١).

ثانياً : قوله تعالى : ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ..﴾ (٢).

وجه الدلالة :

بينت الآية أنه لا يحل للرجال أن يضاروا زوجاتهم حتى يفتدين منهم ، إلاإذا أتت بفاحشة من زنا ونحوه . فحينئذ يجوز للرجل مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطاها إياه (٣).

وأما السنة : فقد روي عن ابن عباس أنه قال : أتت امرأة ثابت بن قيس النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله . ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين . ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقال : أتردين عليه حديقته ، قالت : نعم . قال رسول الله ﷺ : اقبل الحديقة . وطلقها تطليقة " (٤).

وبهذا يتبين أن الخلع يدخل في نطاق الرجوع في عقد النكاح ، وتحصل به الفرقة بين الزوجين ، ولما كانت الفرقة في هذا الباب دائرة بين الطلاق والفسخ ،

---

(١) انظر : تفسيرالطبري ٨/١١٠ . أحكام القرآن للجصاص ١/١٥١ . تفسير القرطبي ٣ ٩٩.

(٢) سورة النساء : آية (١٩).

(٣) انظر : تفسير الطبري ٨/١٣٢ . تفسير القرطبي ٣/٩٩ ، أضواء البيان ٣/٢٨٧ .

(٤) أخرجه البخاري ـ كتاب الطلاق ـ باب الخلع (٧/٦٠)، والنسائي ـ كتاب الطلاق ـ باب ما جاء في الخلع (٦/٤٨١) . وابن ماجه ـ كتاب الطلاق ـ باب المختلعة تأخذ ما أعطاها (١/٦٦٣).

فإن الفقهاء قد اختلفوا فى اعتباره فسخاً أم طلاقاً على قولين :

القول الأول : إن الخلع فسخ .

وهو قول الشافعي في القديم [١]، والصحيح عند الحنابلة [٢]، وبه قال داود الظاهري [٣][٤].

جاء في روضة الطالبين : والقديم أنه فسخ لا ينقص به العدد ، رجحه أبو حامد وأبو مخلد البصري [٥]، وجاء في الإنصاف : " الصحيح من المذهب أن الخلع فسخ لا ينتقص به عدد الطلاق بشرطه ، وهو أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة وعليه جماهير الأصحاب "[٦]، وجاء في نيل الأوطار : " وبه قال داود"[٧].

القول الثاني : إن الخلع طلاق بائن .

وهو قول الحنفية [٨]، والمالكية [٩]، والجديد عند الشافعي ــ وهو الأظهر عند الشافعية [١٠]، ورواية للحنابلة [١١].

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٦٨٢/٥ ، مغني المحتاج ٤٣٩/٤ ، نهاية المحتاج ٣٩٥/٦.

(٢) انظر : المغني ٢٧٤/١٠ ، المبدع ٢٢٦/٧ ، الانصاف ٣٩٢/٨.

(٣) انظر : بداية المجتهد ١٠٥٨/٣ ، نيل الأوطار ٢٦٢/٦.

(٤) هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني ، أحد الأئمة المجتهدين ، نسب إلى المذهب الظاهري لأخذه بظاهر النصوص وأعراضه عن الرأي والقياس . ولد بالكوفة وسكن بغداد وانتهت إليه رئاسة العلم فيها . توفي سنة (٢٠٧هـ). انظر ترجمته : الجواهر المضية (٤١٩/٢)، الأعلام (٨/٣).

(٥) ٦٨٢/٧.

(٦) ٣٩٢/٨.

(٧) ٢٦٢/٦.

(٨) انظر : المبسوط ١٧١/٦ ، تبيين الحقائق ٢٦٨/٢ ، اللباب ٦٤/٣.

(٩) انظر : المقدمات ٥٦٠/١ ، القوانين الفقهية ٢٠١ ، مواهب الجليل ٢٧١/٥.

(١٠) انظر : المهذب ٤٩١/٢ ، روضة الطالبين ٦٨٢/٥ ، مغني المحتاج ٤٣٩/٤.

(١١) انظر : المغني ٢٧٤/١٠ ، الإنصاف ٣٩٢/٨ ، كشاف القناع ٢٤٥/٥.

جاء في اللباب :" فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة "[١]، وجاء في المقدمات : وإن وقع الخلع دون تسمية طلاق فهي واحدة بائنة "[٢]، وجاء في روضة الطالبين : " الجديد : أنه طلاق ينقص به العدد .. والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب " [٣]، وجاء في الإنصاف : "والرواية الثانية : أنه طلاق بائن بكل حال [٤].

القول الثالث : إن الخلع طلاق رجعي ، فيكون الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة .

وهو قول ابن حزم الظاهري [٥].

جاء في المحلى : " إن الخلع طلاق رجعي "[٦].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون : بأن الخلع فسخ بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان .. فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ...﴾ [٧].

---

(١) ٣/٦٤ .

(٢) ١/٥٦٠.

(٣) ٧/٦٨٢.

(٤) ٨/٣٩٢.

(٥) انظر : المحلى ٩/٥١٨.

(٦) ٩/٥١٨ .

(٧) سورة البقرة : آية (٢٢٩ ، ٢٣٠).

وجه الدلالة :

أن هاتين الآيتين صريحتان في أن الخلع فسخ وليس طلاقاً ، فقد ذكر الله أن الطلاق مرتان ، ثم أتبعه بذكر افتداء المرأة نفسها مقابل عوض مالي تدفعه لزوجها ، ثم جاء بعد ذلك قوله : ﴿ فإن طلقها ..﴾ ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الذي تترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجاً غيره أربع طلقات وليست ثلاثاً ، وهذا ما لم يقل به أحد ، فوجب اعتبار الافتداء فسخاً لا طلاقاً ليكون الطلاق ــ المحرم على الزوج الرجعة لزوجته ولو بعقد حتى تنكح غيره ــ ثلاثاً [١].

نوقش : بأن قوله : ﴿ فإن طلقها ..﴾ معطوف على قوله : ﴿ الطلاق مرتان﴾ ، ولو كان الخلع معطوفاً على التطليقتين لكان لا يجوز أصلا إلا بعد تطليقتين ، وهذا لا يقول به أحد ، فالآية بينت أن التطليقة الثالثة تكون بعوض أو بغير عوض ، وبهذا التوجيه لا يكون الطلاق في الآية أربعاً [٢].

الدليل الثاني :

أنه ورد في بعض ألفاظ حادثة ثابت : " وخل سبيلها" ، " ... فأخذها وخلى سبيلها" [٣]، والتعبير بهذه الألفاظ يدل دلالة ظاهرة على أن الخلع فسخ وليس طلاقاً [٤].

نوقش : بأن هذه الألفاظ ليس فيها ما يدل على أن الخلع فسخ ، كما أنه لا دلالة فيها على عدم اعتبارها طلاقاً ، وإذا نظرنا إلى روايات حديث ثابت فإننا

---

(١) انظر : بداية المجتهد ١٠٥٨/ ، مغني المحتاج ٤٣٩/٤ ، المغني ٢٧٥/١٠.

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٣٩١/١.

(٣) أخرجه الدارمي ــ كتاب الطلاق ــ باب في الخلع (١٦٢/٢).

(٤) انظر : المغني ٢٧٤/١٠ ، المبدع ٢٢٦/٧.

نجد أن منها ما صرح فيه بالطلاق ، ومنها ما يعتبر من ألفاظ الكنايات التي إن نوى بها الطلاق كانت طلاقا ، ومن الأخير قوله : " فارقها وخل سبيلها" (١).

الدليل الثالث :

أن الآثار المترتبة على الخلع تختلف عن الآثار المترتبة على الطلاق، فلزم أن يلحق بالفسخ لا بالطلاق لما بينهما من تباين في الأحكام والآثار ، بل وفي طبيعة كل منهما ، وبيان ذلك فيما يلي :

أولاً : إن الخلع لا يترتب عليه عدة الطلاق ، ولكن استبراء بحيضة ، ولو كان طلاقاً لوجب فيه العدة المعروفة (٢).

نوقش : بأنه لا تعارض بين اعتبار الخلع طلاقاً ، وبين اعتداد المختلعة بحيضة، بل يجوز أن يكون طلاقاً وعدته حيضة واحدة لا ثلاث حيضات . وذلك لأن أمر العدة تقديره خاضع إلى الشارع ، وله أن يجعل العدة ثلاث حيض في بعض أنواع الطلاق ، وحيضة واحدة في نوع آخر من الطلاق ، وقد دلت الآثار الصحيحة على أن عدة المختلعة حيضة واحدة ، فتكون هذه الروايات مخصصة لعموم قوله : ﴿ والمطلقات يتربصن ...﴾ (٣)(٤).

ثانياً : إن الزوج أحق بالرجعة في الطلاق مادامت الزوجة في عدتها ، وقد ثبت بالإجماع أنه ليس للزوج الرجعة في الخلع (٥).

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٣٩٧/١.

(٢) انظر : مجموع الفتاوى ٢٩١/٣٢ ، المبدع ١٠٢/٨ ، زاد المعاد ٦٧٧/٦.

(٣) سورة البقرة : آية (٢٢٨)

(٤) انظر : فتح القدير ١٩١/٤ .

(٥) انظر : زاد المعاد ٦٧٧/٦ .

يناقش : بأن دعوى الإجماع غير صحيحة ،فقد ذهب غير واحد من أهل العلم إلى القول بأن للزوج المخالع إرجاع زوجته إذا رد إليها مالها. وممن ذهب إلى هذا القول الزهري وأبو ثور ، وسعيد بن المسيب، وابن حزم.

الدليل الرابع :

قياس الخلع على الإقالة بجامع أن كليهما حل عقد برضا الطرفين ، فكما أننا اعتبرنا الإقالة فسخاً ، فإننا لابد أن نعتبر الخلع أيضاً فسخاً [١].

يناقش : بأن هذا القياس غير صحيح ، ذلك لأن حكم الأصل المقيس عليه غير متفق عليه ، فلم يتفق الفقهاء على اعتبار الإقالة فسخاً ، بل ذهب بعضهم إلى أن الإقالة بيع ، في حين ذهب آخرون إلى اعتبارها إبطالاً للعقد القديم، كما هو مبين في بابه .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن الخلع طلاق بائن بما يلي :

الدليل الأول :

ما روي عن ابن عباس في قصة ثابت مع امرأته : " .. وطلقها تطلقية" [٢].

وجه الدلالة :

إن الحديث فيه الأمر لثابت بأن يطلق امرأته بلفظ الطلاق صريحاً ، مقابل أن ترجع امرأته له حديقته التى أصدقها [٣].

---

(١) انظر : بداية المجتهد ٣ /١٠٥٨.

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) انظر : المقدمات ٥٦١/١ . المحلى ٩ ٥١٧ ، فتح الباري ٣٩٥/٩ .

نوقش هذا الدليل من وجهين :

الأول : أن رواية الجماعة أرجح من رواية الواحد ، فقد ثبت من حديث صاحبة القصة عند الدارمي بلفظ : " وخل سبيلها "[١] وصاحبة القصة أعرف بها، وثبت ــ أيضاً ــ الأمر بتخلية السبيل من حديث الربيع وأبي الزبير ، وجاء ــ أيضاً ــ في بعض الألفاظ : " وفارقها .." [٢]، فهذه الروايات كلها لم يرد فيها التصريح بلفظ الطلاق أو الأمر به ، فلا يصح إغفالها والتعويل على زيادة انفرد بها راو واحد ، مخالفاً بذلك رواية الجماعة ، ثم إن راوي هذا الحديث هو ابن عباس ، وهو من جملة القائلين بأن الخلع فسخ ، فلا يتصور من صحابي أن يخالف ما جاء صريحاً ، فدل ذلك علىعدم اعتباره [٣].

الثاني : لو أخذنا بهذه الرواية فإن ما ورد فيها لا خلاف فيه ، فهو خارج عن محل النزاع ، لأنه ورد بلفظ الطلاق ، وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا صرح بلفظ الطلاق في الخلع كان طلاقاً ، وكذا إذا نوى به الطلاق" [٤].

الدليل الثاني :

ما روي أن أم بكر الأسلمية اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد، فقاما فأتيا عثمان بن عفان ، فقال : " تطلقها واحدة إلا أن تكون سميت ثلاثاً فهي ثلاث"[٥].

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري ــ كتاب الطلاق ــ باب الخلع (٦٠/٧) ، وابن ماجة ــ كتاب الطلاق ــ باب المختلعة تأخذ ما أعطاها (٦٦٣/١) .

(٣) انظر : نيل الأوطار ٢٦٢/٦ ، ٢٦٣

(٤) انظر : فتح القدير ١٩٢/٤ ، نيل الأوطار ٢٦٣/٦.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ــ كتاب الخلع ــ باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق (٣١٦/٧).

وجه الدلالة :

أن عثمان يرى أن الخلع طلاق ينقص العدد، فقد بين في هذه الفرقة العدد، فحكم بأنها واحدة ، والذي يحتمل الأعداد الطلاق لا الفسخ (١).

يناقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه :

الأول : أن نسبة هذا القول إلى عثمان نسبة غير صحيحة ، فقد طعن فيها الإمام أحمد وغيره (٢).

الثاني : أنه ثبت عنه ما يعارض هذا القول ، فقد صح عنه أنه لا يرى في الخلع عدة ، وإنما يرى الاستبراء فيه بحيضة ، فلو كان الخلع عنده طلاقاً لأوجب فيه العدة .

الثالث : لو سلمنا بصحة ما نسب إليه ، فإنه لا حجة فيه ، وذلك لقيام المخالف من الصحابة كابن عباس ـ مثلاً ـ ، وقيام المخالف يضعف حجية قول الصحابي ، هذا إن لم نقل أنه يبطلها .

الدليل الثالث :

ما رواه سعيد بن المسيب : " أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة "(٣).

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ حكم بأن الخلع طلاق ، وهو وإن كان مرسلاً إلا أن له حكم

---

(١) انظر : المحلى ٩/٥١٥ ،عمدة القاري ٢٠/٢٦٠.

(٢) انظر : السنن الكبرى ٧/٣١٦ . نصب الراية للزيلعي (٣/٢٤٤). قال البيهقي في السنن الكبرى (٧/٣١٦) وضعف الإمام أحمد حديث عثمان " ، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٤٤) : نقل عن أبي داود السجستاني أنه سأل أحمد بن حنبل عن جمهان هذا ، فقال . لا أعرفه ، وضعف الحديث من أجله ".

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ـ كتاب الطلاق ـ باب عدة المختلعة (٦/٥٠٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف ـ كتاب الطلاف ـ باب ما قالوا في عدة المختلعة كيف هي (٥/١١٣).

الموصول الصحيح ، لأن سعيداً من كبار التابعين ، وكبار التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله إلا عن صحابي [١].

يناقش : بأنه مرسل ، ليس له حكم المرفوع ، لأن اعتبار الخلع فسخاً أم طلاقاً محل للاجتهاد ، بدليل الاختلاف فيه بين الصحابة ومن بعدهم ، فرأي الصحابي لا يحتج به إذا كان في محل الاجتهاد إذا خالفه غيره ، وما جاء عن التابعين لا يصلح دليلاً من باب أولى .

الدليل الرابع :

أن الزوجة بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً [٢].

يناقش : بأن من الفرقة ما يعد فسخاً كالتفريق بالعيب ، فليس كل فُرقة بين الزوجين تعد طلاقاً ، بل منها ما يعد طلاقاً ومنها ما يعد فسخاً .

واستدلوا على القول بأنه طلاق بائن بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ ... فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ [٣].

وجه الدلالة :

أن الله قد بين أن المرأة يمكنها افتداء نفسها إذا دفعت إلى زوجها ما

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٦٨/٢ ، فتح القدير ١٩٢/٤.

(٢) انظر : المغني ٢٧٤/١٠ ، المبدع ٢٢٧/٧. أما مسألة قبول مراسيل سعيد بن المسيب فقد ذهب جمهور الفقهاء والأصوليين إلى قبول مراسيله واعتبارها أصح المراسيل ، وخالف في ذلك ابن حزم فذهب إلى عدم قبول مراسيله .
انظر : المراسيل لابن أبي حاتم (٦)، معرفة علوم الحديث للحاكم (٢٦) ، علل الترمذي (١٨١)، الإحكام (١٦٩/٢)، العدة في اصول الفقه لأبي يعلى (٢ ٩٠٧).

(٣) سورة البقرة : آية (٢٢٩).

أصدقها ، والفداء هو أن تخرج من عصمة الزوج وسلطانه ، فإذا قلنا أن له الرجعة، فإن الافتداء حينئذ لم يتم لأنها مازالت تحت حكمه وسلطانه ، ولم يكن لافتدائها منه معنى ، لأن المقصود من الخلع إزالة الضرر عن المرأة ، فلو جاز له مراجعتها لعاد إليها الضرر ، وهذا يجرد الافتداء عن فائدته ومعناه [(١)].

الدليل الثاني :

أن الخلع ما هو إلا معاوضة المال بالنفس ، وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس ، تحقيقاً للمساواة [(٢)].

أدلة القول الثالث :

استدلوا على اعتبار الخلع طلاقاً بما استدل به أصحاب القول الثاني ، واستدلوا على اعتباره طلاقاً رجعياً : بأن الزوج عندما يرد العوض للمرأة يبقى الطلاق على أصله ، وهو كونه رجعياً [(٣)].

يناقش : بأنه يترتب عليه إخراج الخلع عن فائدته ، فإن مقصود المرأة من الخلع وبذلها العوض هو التخلص من رباط الزوج ، ليزول عنها الضرر ، فلو كان له أن يراجعها بعد ذلك لعاد إليها الضرر الذي سعت لإزالته من خلال هذا الطريق الشرعي .

الراجح:

بدا واضحاً من خلال هذا العرض قوة القولين وتكافؤ أدلتهما ، لذا فإني أتوقف عن الترجيح بينهما ، لأنه لم يظهر لي ما يمكن أن يكون مرجحاً بينهما .

---

(١) انظر : المغني ٢٧٩/١٠ ، المبدع ٢٢٦/٧ ، كشاف القناع ٢٤٥/٥.

(٢) انظر : المقدمات ٥٦١/١ ، المغني ٢٧٩/١٠ ، المبدع ٢٢٦/٣.

(٣) انظر : المحلى ٥١٨/٩.

المبحث الثاني

أثر الرجوع بالخلع على العدة

اختلف الفقهاء في عدة المختلعة على قولين :

القول الأول : إن عدتها عدة المطلقة ، إن كانت حاملاً فبالوضع ، وإن كانت غير حامل فعدتها ثلاثة قروء .

وهو قول الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية[٣] والحنابلة [٤].

جاء في تبيين الحقائق : عدة الحرة للطلاق سواء كان بائناً أو رجعياً أو انفسخ ثلاثة قروء [٥]، وجاء في المقدمات الممهدات : والعدة من الطلاق والوفاة في ذلك سواء إن كان الطلاق بائناً بخلع أو بتات " [٦]، وجاء في مغني المحتاج : والعدة بثلاثة قروء متعلقة بفرقة هي بطلاق أو فسخ بعيب أو رضاع ..." [٧]. وجاء في المغني : كل فرقة بين الزوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ لعيب أو إعسار ..." [٨].

القول الثاني : إن عدتها حيضة واحدة .

وهو رواية عند الحنابلة [٩]، واختيار ابن تيمية [١٠].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٨١/٣ ، تبيين الحقائق ٢٦/٣ ، البحر الرائق ٢١٧/٤.

(٢) انظر : الإشراف ٧٩١/٢ ، المقدمات ٥٢١/١ ، القوانين الفقهية ٢٠٣.

(٣) انظر : مغني المحتاج ٧٨/٥ ، فتح الجواد ٢٠١/٢ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٩/٤ .

(٤) انظر : المغني ١٩٥/١١ ، ١٩٦ ، المبدع ١٢٠/٨ ، الإنصاف ٢٧١/٩.

(٥) ٢٦/٣.

(٦) ٥٢١/١ .

(٧) ٧٨/٥.

(٨) ١٩٥/١١.

(٩) انظر : الإنصاف ٢٧٩/٩ ، المبدع ١٢٠/٨.

(١٠) انظر : الإنصاف ٢٧٩/٩ ، مجموع الفتاوى ٢٩١/٣٢ ، زاد المعاد ٦٧٧/٦.

جاء في الإنصاف : " وعنه : عدة المختلعة حيضة ، واختاره الشيخ تقي الدين "[١].

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن عدة المختلعة ثلاثة قروء كالمطلقة بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾[٢].

وجه الدلالة :

أن الآية بينت أن عدة المطلقات ثلاثة قروء ، والخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية فتكون عدتها ثلاثة قروء [٣].

يناقش من وجهين :

الأول : أن القول بأن الخلع طلاق غير مسلم ، فقد تقدم في المبحث السابق بيان الخلاف بين الفقهاء في اعتبار الخلع طلاقاً أم فسخاً .

الثاني : لو سلمنا بأن الخلع طلاق فلا دلالة في ذلك ، لأن الآية وإن كانت عامة إلا أنه جاء ما يخصصها ، فقد ثبت في أحاديث صحيحة أن عدة المختلعة حيضة واحدة ، ومن القواعد المتفق عليها عند الأصوليين أن الخاص مقدم على العام .

أدلة القول الثاني :

. استدل القائلون بأن عدتها حيضة واحدة بما يلي :

---

(١) ٢٧١/٩.

(٢) سورة البقرة : آية (٢٢٨).

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٢٦/٣ ، الإشراف ٧٩١/٢.

الدليل الأول ·

ما روي عن الربيع بنت معوذ : " أن النبي ﷺ أمر امرأة ثابت بن قيس أن تتربص حيضة واحدة "[١]. وعنها ـ أيضاً ـ أنها اختلعت على عهد النبي فأمرها أو أُمرت أن تعتد بحيضة "[٢].

وجه الدلالة :

أنه ﷺ أمر المختلعة أن تعتد حيضة واحدة ، ولم يأمرها أن تعتد ثلاثة قروء . فعلم من ذلك أن عدتها حيضة واحدة.

الدليل الثاني :

ما روي عن ابن عباس أنه قال : إن امرأة ثابت اختلعت منه فجعل رسول الله ﷺ عدتها حيضة واحدة "[٣].

الراجــح :

القول الراجح من هذين القولين هو القول الثاني ، لثبوت الحديث الذي حكم بأن عدتها حيضة واحدة ، ولا حجة بقول أحد إذا ثبت قول الشارع في الحكم ، وأما الآيات التي استدل بها أصحاب القول الأول فإنها عامة قد ورد ما يخصصها ، والقاعدة : أن العام إذا ورد ما يخصصه عمل بعمومه عدا ما ورد فيه النص المخصص .

---

(١) أخرجه النسائي في السنن ـ كتاب الطلاق ـ باب عدة المختلعة (٦/٤٩٧).

(٢) أخرجه الترمذي في السنن ـ كتاب الطلاق ـ باب ما جاء في الخلع (٣/٤٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى ـ كتاب العدد ـ باب ما جاء في عدة المختلعة (٧/٤٥٠).

(٣) أخرجه أبو داود ـ كتاب الطلاق ـ باب في الخلع (٢/٢٧٦)، والترمذي في السنن ـ كتاب الطلاق واللعان ـ باب ما جاء في الخلع (٣ ٤٩١) ، والنسائي في السنن ـ كتاب الطلاق ـ باب ما جاء في الخلع (٦/٤٨١).

وقال ابن القيم مرجحاً هذا القول : وهذا كما أنه موجب السنة وقضاء رسول الله وموافق لأقوال الصحابة فهو مقتضى القياس ، فإنه استبراء لمجرد العلم ببراءة الرحم فكفت فيه حيضته كالمسبية والأمة المستبرأة ... "[1].

---

(١) انظر : زاد المعاد ٦٧٩/٦.

الخاتمـــة

وبعد هذه الدراسة فإني أقف هنا لأسجل أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي على النحو الآتي :

أولاً : من خلال النظر في استعمال الفقهاء لمصطلح الرجوع تبين أنه يتضمن على عدة معان ، مدارها على الفسخ والرد والمطالبة ، وهذه المعاني لا تخرج عن المدلول اللغوي لكلمة الرجوع .

ثانياً : إن الرجوع الذي هو بمعنى الفسخ يثبت في بعض العقود ابتداء ، ويمتنع في غيرها . فأما العقود التي يثبت فيها الرجوع ابتداء فهي العقود الجائزة ـــ غير اللازمة ـ سواء كان عدم لزومها في حق كلا الطرفين ـ كالوكالة ، والمضاربة سواء قبل العمل أو بعده ، والرهن قبل القبض ، والعارية ـ أو كان عدم لزومها في حق أحد العاقدين دون الآخر . كرجوع المرتهن بالرهن بعد القبض ، ورجوع المكفول له عن الكفالة ، إلى غير ذلك من العقود الجائزة في حق أحد العاقدين .

وأما العقود التي يمتنع فيها الرجوع ، فهي العقود اللازمة ، فالبيع المطلق ، والإجارة ، والمساقاة ، والرهن في حق الراهن بعد القبض ، والكفالة في حق الكفيل والمكفول عنه ، وهبة الأجنبي بعد القبض ، والوقف المطلق وكذا المنجز في مرض الموت ، والعمرى المطلقة والمقيدة ... ، كلها لازمة لا يحق لأحد العاقدين أن ينفرد في فسخها والرجوع عنها .

ثالثاً : العقود اللازمة بالأصل قد يمكّن العاقد فيها من الرجوع عند تحقق أحد الأسباب الآتية :

- الخيار ، وهو سبب رئيس في إنهاء العقود اللازمة التي يحتملها الخيار كالبيع والإجارة ، وهذا يشمل جميع أنواعه ، وهي : خيار المجلس ، خيار الشرط ، خيار العيب ، خيار الغبن ، خيار التدليس ، خيار الرؤية .
- الإفلاس ، وهو سبب يعطي العاقد الآخر الحق في الرجوع وإنهاء العقد ، سواء كان العقد بيعا أو رهنا أو حوالة .

- الاختلاف بين المتعاقدين ، وهو غالبا ما يكون في البيع ، فإذا اختلف المتبايعان في البيع سواء كان اختلافهما في الثمن أو في المثمن ، فإن هذا الاختلاف يعطي المشتري ـ في الجملة ـ الرجوع في العقد .
- تلف المعقود عليه : وهو غالباً ما يؤدي إلى انحلال العقد وانفساخه ، ومن ثم يرجع المشتري بالثمن إن كانت المعاملة بيعاً ... ، وقد يؤدي إلى إعطاء العاقد حق الرجوع دون أن يكون سبباً في الانفساخ ، ويكون الضمان على البائع ، وقد لا يكون له أثر ، فيكون التلف من ضمان المشتري ، على ما تقدم تفصيله في بابه .
- الفساد : ومتى أدرك المتعاقدان فساد العقد كان ذلك سبباً في انتهائه ، لأنه لم ينعقد أصلاً ، فلا يترتب عليه أي أثر ، ومن ثم يرجع كل واحد من العاقدين على الأخر بما بذل .
- الموت : فالموت له أثر في العقود اللازمة ، فهو ـ إن وقع ـ إما أن يؤدي إلى انحلال العقد كموت الكفيل والمكفول عنه ، وقد يؤدي إلى إعطاء العاقد الآخر حق الرجوع كموت أحد العاقدين في الرهن فإنه يعطي الراهن أو وارثه حق الرجوع إن كان الموت واقعاً قبل القبض . وقد لا يكون له أثر ، فيبقى العقد على لزومه كموت أحد العاقدين في الإجارة والمساقاة على اختلاف في بعض التفاصيل .
- عدم ملكية المعقود عليه : وهذا ما يعرف بتصرف الفضولي ، فإن تصرفه يصح لكن لا يكون لازماً إلا بإجازة المالك ، وعليه ، فيكون للمالك الرجوع فى العقد .
- الإقالة : وهى تختلف عن الأسباب السابقة . إذ حقيقتها اتفاق الإرادتين على إنهاء العقد ، وهي على الصحيح من قولي الفقهاء فسخ . تترتب عليها أحكام الفسوخ .

- الإبراء : وهو إسقاط الحق ، ويؤدي في كثير من الحالات إلى إنهاء العقد ، كالإبراء في الكفالة والحوالة وغيرهما .

رابعاً : يطلق الرجوع ويراد به الرد ، وهو باعتبار هذا المفهوم يشتمل على معنيين :

أحدهما : إنهاء العقد ، كرد المستعير للعارية ، والموصى له الوصية ، فهذا الرد طريق لإنهاء العقد .

الثاني : أثر من آثار الفسخ أو الانفساخ ، فإن أخذ المشتري ــ مثلاً ــ الثمن ، والبائع المثمن ، هو في الحقيقة رد واسترداد ، ولا يكون ذلك إلا بعد فسخ العقد أو انفساخه .

خامساً: يأتي الرجوع بمعنى المطالبة ، وهو بهذا الاعتبار لا يخلو من أمرين:

الأول: مطالبة بالفسخ . وهو الطريق الذى تتمكن المرأة من خلاله من الخروج عن عصمة الرجل . بأن ترفع أمرها للقاضي للمطالبة بالفسخ عند قيام أسبابه ومسوغاته ، والتي من أهمها : إعسار الزوج بالصداق قبل الدخول بها ، ووجود عيب في الزوج على الخلاف في حده وضابطه ، وعند فقد الزوج وغيابه .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المطالبة لا تتعين طريقاً للفسخ ، فهناك الخلع الذي تتمكن المرأة من خلاله من إنهاء العقد .

الثاني : مطالبة بالحقوق . وهذا المفهوم يتصور في الكفالة ، فالكفيل له أن يرجع على المكفول عنه بما أدى عنه . وكذلك بالسداد حتى تبرأ ذمته وتنتهي مسئوليته .

سادساً : يحصل الرجوع بالقول الصريح ، وبالتصرف الدال عليه ، إلا أن هناك تصرفات محتملة في دلالتها على الرجوع ، كجحود الموصي للوصية ، وخلط الموصى به بغيره بما لا يتميز عنه ، وتقدم أن الراجح فيها أنها تدل على الرجوع ، فتكون هذه التصرفات رجوعا .

سابعاً : هناك موانع للرجوع في العقود اللازمة الذي ثبت فيها حق الرجوع ثم قام ما يمنع منه ، كزيادة الموهوب في الهبة ، وموت من ثبت له الرجوع لمعنى يخصه .

ثامناً : يترتب على الرجوع آثار فقهية مختلفة ، فإن كان الرجوع واقعاً في العقود المالية فإنه يترتب عليه أن يرجع كل واحد ما أخذه من الآخر ، وبذلك تنتهي جميع آثار العقد . أما إن كان الرجوع في عقد النكاح فإنه يترتب عليه آثار متعددة ، وهي : وجوب العدة ، ووجوب نصف الصداق إن كان الرجوع قبل الدخول ، أما إن كان بعد الخلوة وقبل الدخول أو بعد الدخول فإنه يجب بذلك كامل الصداق .

فهذه هي أهم النتائج التي أفضت إليها الدراسة ، والحمد لله رب العالمين.

الفهـــارس

أولاً : فهرس الآيات القرآنية

ثانيا : فهرس الأحاديث

ثالثا : فهرس الآثار

رابعا : فهرس الأعلام

خامساً : فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم .

(١) كتب التفسير :

- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي .
- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م) .
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن لمحمد الأمين الشنقيطي ، إشراف مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر .
- تفسير القرآن العظيم للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ، المكتبة التجارية، مصطفى الباز ، مكة المكرمة .

(٢) كتب الحديث وعلومه :

- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان للإمام علاء الدين الفارسي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ/١٩٩١م).
- الأحكام الوسطى للإمام أبي محمد الأزدي الأشيلي ، تحقيق حمدي السلفي ، صبحي السامرائي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م).

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق ، الطبعة الثانية(١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م).
- بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني ، تحقيق يوسف علي بديوي ، دار ابن كثير، دمشق ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ/١٩٩٣م).
- التعليق المغني لمحمد شمس الحق العظيم آبادي ، مطبوع بهامش سنن الدارقطني، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .
- جامع العلوم والحكم للحافظ ابن رجب البغدادي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، إبراهيم باجس ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان (١٤٠٥هـ/١٩٨٤).
- الجوهر النقي لابن التركماني ، مطبوع بهامش السنن الكبرى للبيهقي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ، (١٤١٢هـ/١٩٩٤م).
- تخريج إحياء علوم الدين ، محمود محمد الحداد ، دار العاصمة للنشر ، الرياض، الطبعةالأولى (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م).
- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري ، المكتبة التجارية ، مصطفى الباز .
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ ابن حجر ، تحقيق السيد عبد الله هشام اليماني المدني ، المدينة المنورة ، الحجاز (١٣٨٤هـ/١٩٦٤م).
- سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني ، تصحيح فواز أحمد زمزلي ، إبراهيم محمد الجمل ، دار الريان للتراث ، الطبعة الأولى (١٩٨٥).
- سنن ابن ماجة لأبي عبد الله محمد بن ماجه القزويني ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العلمية .
- سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث ـ عزت عبيد الدعاس ، دار الحديث ، سوريا ،حمص ، الطبعة الأولى ،(١٣٨٨هـ/١٩٦٩م).

- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة .
- سنن الدار قطني للحافظ علي بن عمر الدارقطني ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان .
- سنن الدارمي لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي ، نشرته دار إحياء السنة النبوية .
- سنن سعيد بن منصور ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).
- سنن النسائي لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، تحقيق عبد الغفار سليمان البغدادي ، وسيد كروي حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١١هـ/١٩٩١م).
- شرح مشكل الآثار لأبي جعفر الطحاوي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ).
- شرح معاني الآثار لأبي جعفر الطحاوي ، تحقيق محمد زهري النجار ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ، (١٣٩٩هـ/١٩٧٩م).
- صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق محب الدين الخطيب، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ).
- صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية.

- صحيح مسلم بشرح النووي ، تحقيق عصام الصبابطي ، حازم محمد ، عماد عامر ، دار الحديث بالقاهرة ، الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).
- الصمت وأداب اللسان لابن أبي الدنيا ، تحقيق نجم عبد الرحمن خلف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- ضعيف الجامع الصغير وزياداته للشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق .
- عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي ، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، دار أم القرى للطباعة والنشر .
- عمدة القاريء شرح صحيح البخاري لأبي محمد العيني ، تحقيق شركة من العلماء ، وبمساعدة إدارة الطباعة المنيرية ، دار إحياء التراث العربي .
- عون المعبود شرح سنن أبي داود لشمس الحق العظيم آبادي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية (١٤١٥هـ/١٩٩٥م).
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، محمد فؤاد عبد الباقي ، محب الدين الخطيب ، قصي محب الدين الخطيب ، دار الريان ، الطبعة الأولى،(١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م).
- كشف الخفاء ومزيل الالباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة أكثر الناس للإمام العجلوني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لعلي بن أبي بكر الهيثمي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الثالثة (١٤٠٢هـ/١٩٨٢م).
- مختصر سنن أبي داود للمنذري ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

- المراسيل لأبي داود السجستاني ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).
- المسند للإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، المكتبة التجارية، مكة المكرمة ، الطبعة الثانية ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م).
- المصنف لأبي بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم ابن أبى شيبة ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ).
- المصنف لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني . تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الثانية (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)
- المعجم الكبير للطبراني ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م).
- المعجم الأوسط للطبرني ، تحقيق الدكتور محمود الطحان ، مكتبة المعارف ، الرياض ، الطبعة الأولى ، (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).
- معالم السنن شرح سنن أبي داود للإمام الخطابي ، تحقيق عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان . الطبعة الأولى (١٤١١هـ/ ١٩٩١م).
- الموطأ للإمام مالك بن أنس ، محمد فزاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان .
- نصب الراية لأحاديث الهداية لأبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ، دار الحديث بالقاهرة .
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي الشوكاني ، محمد سالم هاشم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٥م).

(٣) كتب الفقه :

أولاً : الفقه الحنفي :

- الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود الموصلي ، تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- إعلاء السنن للشيخ ظفر أحمد العثماني ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي ، باكستان .
- البحر الرائق في شرح كنز الدقائق للإمام العلامة ابن نجيم الحنفي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكاساني . دار الفكر ، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م).
- المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
- البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني ، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الثانية ، (١٤١١هـ/١٩٩٠م).
- تبيين الحقائق للإمام الزيلعي . دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية .
- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).
- حاشية شلبي بهامش تبيين الحقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية.
- درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
- شرح فتح القدير لابن الهمام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ١٩٩٥م .
- الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعته من علماء الهند الأعلام، دار إحياء التراث العربي ، بيروت . لبنان . الطبعة الثالثة (١٤٠٠هـ/١٩٨٠م).

ـ اللباب في شرح الكتاب للشيخ عبد الغني الميداني ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .

ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر تصنيف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ/١٩٩٨م).

ثانياً : الفقه المالكي :

ـ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار للإمام ابن عبد البر ، تحقيق الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة ، دمشق . بيروت ،الطبعة الأولى(١٤١٤هـ/١٩٩٣م).

ـ الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي . تحقيق الحبيب بن طاهر . دار ابن حزم . الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)

ـ إدرار الشروق لابن الشاط . دار إحياء الكتب العربية ، مصر .

ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، تحقيق ماجد الحموي ، دار ابن حزم . الطبعة الأولى (١٤١٦هـ/١٩٩٥م).

ـ بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد محمد الصاوي ، دار البخاري. السعودية ، بريدة .

ـ البيان والتحصيل لأبي الوليد ابن رشد القرطبي ، تحقيق الأستاذ سعيد اعراب. دار الغرب الإسلامي ، بيروت . لبنان . الطبعة الثانية(١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).

ـ التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل لابن المواق ، در الكتب العلمية. بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى(١٤١٦هـ/١٩٩٥م).

ـ تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك للشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك ، دار الغرب الإسلامي . بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ١٩٩٥م.

- تحرير الكلام في مسائل الالتزام لأبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، تحقيق عبد السلام محمد الشريف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م).
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للإمام ابن عبد البر ، تحقيق سعيد أحمد أعراب ، توزيع المكتبة التجارية ، مكة المكرمة .
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، للشيخ صالح عبد السميع الأبي الأزهري ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل للإمام محمد بن عبد الله الخرشي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ١٩٩٧م .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٦م).
- حاشية العدوي لعلي العدوي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، مصر.
- الذخيرة للقرافي ، تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٩٤م .
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك لمحمد الزرقاني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- الشرح الصغير على أقرب المسالك لأحمد بن محمد الدردير ، دار البخاري ، السعودية، بريدة .
- الشرح الكبير للدردير مطبوع على حاشية الدسوقي ، دار الكتب العلمية. بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٦م).
- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ محمد أحمد عليش دار المعرفة ، بيروت .

- الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، للشيخ أحمد غنيم النفراوي المالكي ، دار الكتب ، بيروت .
- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس لابن العربي ، تحقيق الدكتور محمد عبد الله . دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٩٢م .
- القوانين الفقهية لابن جزي ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- الكافي في فقه المدينة المالكي لابن عبد البر القرطبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).
- المدونة الكبرى للإمام مالك ، دار صادر ، بيروت .
- المعونة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ، تحقيق الدكتور خميس عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، الرياض ، الطبعة الأولى(١٤١٥هـ/١٩٩٥م)
- المقدمات الممهدات لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق الدكتور محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، الأولى (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)
- منح الجليل للشيخ محمد عليش . دار الفكر، بيروت . لبنان (١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م)
- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك للقاضي أبو الوليد سليمان الباجي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعه الأولى (١٤١٦هـ/١٩٩٥م).

ثالثا : الفقه الشافعي :

- أسنى المطالب شرح روض الطالب للقاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري ، تجريد العلامة محمد بن أحمد الشوبري ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .
- الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، تحقيق محمد زهري النجار ، دار المعرفة، الطبعة الثانية (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م).

- حاشيتا قليوبي وعميرة ، دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- الحاوي الكبير لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م .
- روضة الطالبين للإمام النووي ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- السراج الوهاج على متن المنهاج للشيخ محمد الزهري الغمراوي ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .
- العزيز شرح الوجيز لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني ، تحقيق الشيخ على محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الأولى (١٤١٧هـ ١٩٩٧م).
- فتح الجواد بشرح الإرشاد لأبي العباس أحمد بن حجر ، شركة ومكتبة البابي الحلبي وأولاده بمصر ، الطبعة الثانية (١٣٩١هـ/١٩٧١م).
- كفاية الأخيار للإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني ، عنى بطبعه ومراجعته عبد الله بن ابراهيم الأنصاري ، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت .
- المجموع شرح المهذب ، للإمام النووي ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).

- المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ، تحقيق الشيخ زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٦م).
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م).
- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي حامد الغزالي ، خالد العطار ، إشراف مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م).
- الوسيط في المذهب للإمام أبي حامد الغزالي ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر ، دار السلام ، الطبعة الأولى ١٩٩٧م .

رابعاً : الفقه الحنبلي :

- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لأبي النجا الحجاوي ، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة . بيروت ، لبنان .
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، صححه وحققه الشيخ محمد حامد الفقي ، الطبعة الأولى . دار إحياء التراث العربي .
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لابن قاسم العاصمي ، الطبعة الرابعة، ١٤١٠ هـ.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقي لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي ، تحقيق الشيخ عبد الله الجبرين ، مكتبة العبيكان ، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ/١٩٩٣م).
- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور البهوتي ، عالم الكتب .
- الشرح الكبير لابن أبي عمر ابن قدامة المقدسي، تحقيق الدكتور عبد الله التركي ، دار هجر ، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٥م).
- الفروع لأبي عبد الله محمد بن مفلح الحنبلي ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة .

- الكافي للموفق أبي محمد ابن قدامة المقدسي ، تحقيق الشيخ سليم يوسف . سعيد محمد اللحام ، صدقي محمد جميل ، المكتبة التجارية ، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة .
- كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي ، تحقيق محمد حسن الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح ، المكتب الإسلامي ، دمشق، بيروت ، الطبعة الأولى (١٣٩٩هـ/١٩٧٩م).
- المحرر في الفقه لأبي البركات ، تحقيق الشيخ محمد حامد الفقي ، دار الكتاب العربي .
- مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي الرحيباني ، الطبعة الثانية (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).
- المطلع على أبواب المقتنع للإمام البعلي ، المكتب الإسلامي ، (١٤٠١هـ/١٩٨١م).
- المغني لابن قدامة ، تحقيق الدكتور عبد الله التركي ، والدكتور عبد الفتاح الحلو ، دار هجر ، الطبعة الأولى ١٩٩٠م .
- منار السبيل في شرح الدليل للشيخ ابن ضويان ، تحقيق نظر محمد الفاريابي، دار الصميعى ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).

خامساً : الفقه الظاهري :

- المحلى بالآثار لابن حزم ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، المكتبة التجارية ، مصطفى أحمد الباز ، مكة المكرمة.

(٤) كتب أصول الفقه وقواعد الفقه :

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، محمد بن علي الشوكاني ، تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل . دار الكتبي ، الطبعة الأولى(١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م).
- الاشباه والنظائر لزين الدين ابن نجيم ، تحقيق محمد مطيع الحافظ ، دار الفكر. بيروت ، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م).
- الاشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية للسيوطي ، بتحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).
- أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة ١٣٩٣هـ.
- البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ، عمر سليمان الأشقر ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت . الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ/١٩٨٨م)
- تيسير التحرير للشيخ أمير بادشاه ، دار الكتب العلمية.
- شرح الكوكب المنير لمحمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي ، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد ، جامعة أم القرى ، الطبعة الأولى(١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م).
- شرح اللمع لأبى إسحاق الشيرازي تحقيق عبد المجيد التركي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).
- غمز عيون البصائر لأحمد بن محمد الحموي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).
- الفروق لأحمد بن إدريس القرافي ، عالم الكتب ، بيروت .

- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت لنظام الدين الأنصاري ، مطبوع بهامش المستصفى ، دار الكتب العلمية .
- القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار الندوة الجديدة ، بيروت ، لبنان .
- المحصول في علم أصول الفقه . فخر الدين محمد بن عمر الرازي ، تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، الرسالة، الطبعة الثانية(١٤١٢هـ/١٩٩٢م)
- المستصفى للإمام أبي حامد الغزالي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية .
- المنثور في القواعد لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ، تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد ، راجعه عبد الستار أبو غدة ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).

(٥) كتب اللغة والمصطلحات :

- تاج العروس من جواهر القاموس لمجد الدين محمد الحسيني الزبيدي ، تحقيق علي شيري ، دار الفكر ، بيروت (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .
- التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ، تحقيق إبراهيم الأيباري ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ/١٩٨٧م).
- غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- شرح حدود ابن عرفة لأبي عبد محمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق محمد أبو الاجفان ، الطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٩٩٣م.
- الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، الطبعة الثانية ،(١٣٩٩هـ/١٩٧٩م).

- القاموس المحيط للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٧م).
- لسان العرب لابن منظور ، دار الفكر ، دار صادر ، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م).
- معجم المقاييس في اللغة لأحمد بن فارس ، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو ، دار الفكر ، بيروت ،الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).
- المعجم الوسيط بمجمع اللغة العربية ، مطبعة دار المعارف بمصر (١٣٩٢هـ/١٩٧٢م).
- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ، دار مكتبة الهلال ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٣م .
- المصباح المنير ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٦م) .
- النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير المبارك محمد بن الجزري ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ، ومحمود محمد الطناحي ، المكتبة الإسلامية .

(٦) كتب إسلامية عامة :

- إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي ، دار لمعرفة ، بيروت ، لبنان.
- الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد البعلي ، دار العاصمة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٨م).
- اتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين للعلامة السيد محمد الزبيدى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م).
- الأذكار للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي ، مكتبة دار الفتح ، دمشق ، الطبعة الرابعة (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م).

- إعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام ابن قيم الجوزية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ/١٩٩٣م).
- الإفصاح عن معاني الصحاح للوزير ابن هبيرة الحنبلي ، وتحقيق الدكتور محمد يعقوب طالب عبيدي ، مركز فجر للطباعة والنشر .
- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، عمر سليمان الأشقر ، دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٨م).
- بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية ، الدكتور رفيق المصري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى(١٤١٦هـ/١٩٩٦م).
- بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية ، للشيخ يوسف القرضاوي ، مكتبة وهبة ، الطبعة الثانية (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).
- زاد المعاد في هدي خير العباد للإمام ابن قيم الجوزية ، تحقيق شعيب الأرناؤوط عبد القادر الأرناؤوط،.مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)
- الزواجر عن اقتراف الكبائر لأحمد بن حجر الهيثمي ، دار المعارف .
- شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
- العقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة .
- الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م).
- مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم، دار عالم الكتب ، الرياض .
- المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م).

- الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
- الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ/١٩٨٢م).
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلامه ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المملكة المغربية .

(٧) كتب التراجم :

- الأعلام لخير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة السابعة ، (١٩٨٦م).
- البداية والنهاية للحافظ ابن كثير ، دار الريان للتراث ، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).
- البدر الطالع بمحاسن ما بعد القرن السابع لمحمد بن علي الشوكاني ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٣٤٨هـ).
- تذكرة الحفاظ للإمام شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي ، أم القرى للطباعة والنشر ، القاهرة .
- تقريب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلاني ، تحقيق أبو الأشبال صغير أحمد شاغف الباكستاني ، دار العاصمة ، الرياض ، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ).
- تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلاني ، باعتناء إبراهيم الزيبق، عادل مرشد ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ/١٩٩٦م).
- تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، للحافظ جمال الدين يوسف المزي ، تحقيق الدكتور بشار عواد معروف ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى(١٤١٣هـ/١٩٩٢م).
- الجرح والتعديل للإمام أبي حاتم الرازي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

- الجواهر المضية في طبقات الحنفية تحقيق الدكتور عبد الفتاح الحلو ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر (١٩٧٦م).
- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب للعلامة برهان الدين بن علي بن فرحون المالكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة للحافظ ابن حجر العسقلاني ، مطبعة مجلس دار المعارف العثمانية ، حيدر أباد الدكن ، الهند (١٣٩٢هـ/١٩٧٣م)
- سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي ، شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة السابعة ، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م).
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- طبقات الحنابلة لأبي الحسين محمد بن أبي يعلي ، دار المعرفة ، بيروت .
- طبقات الشافعية ، للإسنوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٩٨٧م).
- طبقات الشافعية الكبرى لعبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ، دار المعرفة ، بيروت .
- الطبقات الكبرى لابن سعد ، دار صادر ، بيروت .
- العبر في خبر من غبر للإمام الذهبي ، تحقيق محمد زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ).
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ، مكتبة ندوة المعارف ، الهند ، (١٩٦٧م).

ـ فوات الوفيات لمحمد شاكر الكتبي ، تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد ، مطبعة السعادة ، مصر (١٩٥١م).

ـ الكامل في ضعفاء الرجال لأبي أحمد عبد الله بن عدي ، دار الفكر ، لبنان ، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).

ـ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ، مكتبة المثنى ، بيروت .

ـ المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد ، لعبد الرحمن بن محمد العليمى ، تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد ، مطبعة المدنى ، القاهرة ، الطبعة الأولى (١٩٦٣م).

ـ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس بن محمد بن خلكان ، تحقيق الدكتور إحسان عباس ، دار صابر للكتب العلمية، بيروت .

(٨) المجلات والدوريات ·

ـ مجلة البحوث الإسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء ، الرياض ، العدد(٣٦).

ـ مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، المجلد الثاني .

ـ مجلة المسلم المعاصر ، العدد (٣٢)، (٣٥).

سادسا : فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

"Edad" (which is the period counted in days after the woman is divorced), the return of half of the Sadak (dowery) if the divorce is taking place before the wedding, or return of the whole Sadak is the divorce is taking place before the wedding, or return of the whole Sadak is t he divorce is taking place after the wedding.

This is short is the summary of the research and its principal land marks. I pray to Allah that I was properly performing it.

Thank to Allah

الموضوع	الصفحة

the thing sold back, this is considered a kind of " return and recovery". This takes place when the contract is cancelled

The third axis:

This involves "demand". In this case, the return regarding this concept is relevant to two issues.

(1) The demand of cancellation: This is t he way the woman becomes able to leave her husband. She refers to this judge and demand the cancellation of the marriage contract when the reasons and justifications are available. These reasons and justifications may involve that:

- The husband is not able to effort the " Sadak" (dowery) of the woman before the wedding.
- The husband is having a kind of impairment.
- When the husband is lost or missing.

(2) Demanding the rights:

This involves the bail, when the one paying the paid demands the bailed person to pay it back, or when someone is asking the other contractor to pay back his financial obligations.

" Return " takes place when it is explicitly verbally undertaken (said straight forward) or when an action or when an action is made to imply the return. Yet, there are other forms of actions that could potentially imply the return, e.g. when the one giving the will rejects his will, or the one receiving the will is mixed with others in the way that does not distinguish him from those others.

The return gives rise to various Fiqhi consequences. If the return is taking place regarding some financial contracts, it gives rise to the return of the things delivered by each party to the other. If the return is taking place in a marriage contract, this gives rise to the

Thanks to the mighty Allah, and may Allah's mercy and his peace be upon his prophet Muhammad and his people.

The principle of " Return" is the basic issue of this research. It is based on three axes, under each lies various Fiqhi branches.

The first axis:

It is " cancellation", which is the most promotional meaning of the return and the most widely used. Its scope is within the non-committing contracts. whether this non-commitment involves both parties (e.g., in delegation and speculation) or involving only one party (e.g. conditioned lending regarding the one lending and holding the property of the other, or the bail regarding the one bailed).

The committing contracts can not be cancelled unless in one of the following two conditions:

(1) The agreement of both wills, where the two parties of the contract agree to dissolve and cancel the contract.

(2) When a reason is available in the manner that allows one of the contracts to cancel the contract. This is represented in choice, bankruptcy, disagreement, damage of the thing contracted for, non-possession of that property, corruption of the contract, death, or conditioned departure between the two parties.

The second axis:

It is " returning something back" "return" have involves two meanings:

(1) Ending the contract, as the borrower returns the thing borrowed, or the one making use of a will returns it back. In these cases, returning the thing back is the mean by which the contract is ended.

(2) When returning the thing back becomes one of the results of cancellation. If the buyer takes the price paid back, or the seller takes

Cairo University
Faculty of Dar El-Oloum
Islamic Shariaa Department

Return and Its Impact on Contracts in the Islamic Fiqh

Prepared by:
Naief Mohamed Al-Ajamy
Instructor at he department of Fiqh
Kuwait University

Supervised by:
Prof. Dr. Mohamed Beltagy Has an
Head of Islamic Shariaa Department
Faculty of Dar El-Oloum and Former Dean of he Faculty

1422-2001